الإتجاهات الحديثة
فى تنظيم العقود التجارية

- البيع التجارى بين الإنقاذ وإعادة التوازن
- الوكالة التجارية وتطور إحكام الانقضاء
- الأدوات المالية الآجلة وتطويع القالب العقدى للدوافع الاقتصادية
- الشكل الجديد للورقة المالية ومفهوم حفظ القيود الحسابية
- تداول الأوراق المالية وارتباط نقل الملكية بتسوية العمليات

الدكتور
هشام فضلى
أستاذ القانون التجارى و البحرى
كلية الحقوق - جامعة المنوفية
حائز جائزة الدولة فى القانون التجارى
المحامى بالنقض والإدارية



دار الجامعة الجديدة

دار الجامعة الجديدة للنشر

٣٨ شارع سوتر - الأزاريطة الاسكندرية ت ٤٨٦٣٦٢٩ - ٩٩ ٤٨٦٨

E-mail. : darelgamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com

الاتجاهات الحديثة
فى تنظيم العقود التجارية

- البيع التجارى بين الإنقاذ وإعادة التوازن
- الوكالة التجارية وتطور أحكام الانقضاء.
- الأدوات المالية الآجلة وتطويع القالب العقدى للدوافع الاقتصادية.
- الشكل الجديد للورقة المالية ومفهوم حفظ القيود الحسابية.
- تداول الأوراق المالية وارتباط نقل الملكية بتسوية العمليات.

دكتور

هشام فضلى

أستاذ القانون التجارى والبحرى

كلية الحقوق — جامعة المنوفية

حائز جائزة الدولة فى القانون التجارى

المحامى بالنقض والإدارية العليا

2013

دار الجامعة الجديدة

٣٨ - ٤٠ ش سوتير - الأزاريطة - الأسكندرية

تليفون ٤٨٦٣٦٢٩، ٤٨٦٣٦٢٩ فاكس ٤٨٥١١٤٣ تليفاكس ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail:darelgamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com

مقدمة عامة

هذه الدراسة محاولة لرصد وتتبع التغيرات التى لحقت بتنظيم بعض أشكال العقود التجارية فى نهاية قرن وبداية آخر، كأثر لتطور ونمو حركة التجارة العالمية، والتى حملت معها - أثناء حركتها من مكان إلى آخر - الأفكار الاقتصادية والقانونية الحديثة. تلك الأفكار التى غدت تؤثر فى البيئة الوافدة إليها من ناحية وتتأثر بما تضفيه عليها هذه البيئة من سماتها من ناحية أخرى. ومن أبرز هذه العقود: البيع التجارى والوكالة التجارية وتداول الأوراق المالية والمشتقات المالية وأخيراً القيود الحسابية.

ففى البيع التجارى، لم يعد ينظر إلى العقد باعتباره تصرفاً قانونياً يتعلق - فقط - بمصلحة أطرافه، بل أصبح يمثل أيضاً قيمة مضافة للنشاط الاقتصادى فى المجتمع يتعين الحفاظ عليها وصونها من المخاطر التى تتهددها، كما صار فى مقدمة أولويات التشريع التجارى الأخذ بيد الطرف الضعيف فى علاقات البيع التجارى مختلة التوازن التى تبرم فى ظل نظم الاقتصاد الحر ولا تكفى القواعد العامة فى القانون لحمايته. وهى أفكار تعد انعكاساً للاتجاهات الحديثة السائدة فى القوانين الأجنبية والاتفاقيات الدولية.

وفى مجال الأوراق المالية، تبنت النظم الحديثة المطبقة فى أسواق المال نظام الإيداع والقيد المركزى والتى يقوم على مبادئ عديدة من بينها: تجريد الأوراق المالية من دعامتها المحسوسة وتحولها إلى قيود فى الحساب، تنفيذ عقود التداول بين الوسطاء الماليين عن طرق عمليات المقاصة والتسوية، نقل ملكية الأوراق المالية بالتحويل بالطرق الالكترونية بين حسابات العملاء لدى أمناء الحفظ حقب إتمام تسوية العمليات الواردة عليها، إحلال سجلات الأوراق المالية لدى شركة الإيداع المركزى محل سجلات ملكية الأوراق المالية لدى جهة الإصدار.

وكأثر لهذا التحول الجوهرى فى شكل الورقة المالية، أوجب القانون على أى مستثمر يرغب فى إجراء عمليات التداول فى البورصة اختيار أحد أمناء

الحفظ ليتولى حفظ وإدارة القيود الحسابية. فما دامت الأوراق المالية قد تحولت إلى حسابات، فمن الضرورى إسناد مهمة حفظ هذه الحسابات إلى وسيط مالى مرخص له بذلك، تأميناً لسلامة وصحة القيود التى تجرى فى هذه الحسابات. وانعكس التغيير الذى أصاب شكل الورقة أيضاً على مفهوم الإفراز الذى تنتقل به ملكيتها وفقاً للأحكام التقليدية فى القانون المدنى.

وفى إطار حرصه على تنظيم العقود التجارية رصد المشرع التجارى مجموعة من القواعد المنظمة لانقضاء عقد الوكالة التجارية، وكان من بين تلك القواعد ما ورد فى المادة ١٨٨ تجارى من حق وكيل العقود فى التعويض إذا رأى الموكل عدم تجديد العقد عند انتهاء أجله، ومع ذلك فقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا فى قضاء حديث لها فى ٢٠١٢/٦/١٤ إلى أن الأحكام التى حوتها هذه المادة تعد قيداً على حرية التعاقد وإخلالاً بالتوازن بين طرفى العلاقة العقدية.

وعقب نشوب أزمة النظام النقدى الدولى ظهرت أنواع جديدة من المخاطر المالية، مثل التقلبات فى أسعار الفائدة وأسعار صرف العملات وأسعار الأسهم، صارت تمثل خطراً ليس فقط على محافظ المستثمرين بل أيضاً على الاقتصاد العالمى برمته. لذا ابتدع العمل فى الأسواق التجارية وسائل وأدوات مالية - أطلق عليها عقود المشتقات المالية -- لتفادى هذه المخاطر والحد من ضررها تتعدد صورها وفقاً لتنوع أغراض استخدامها فى مواجهة هذه المخاطر.

هذه التطورات الهامة ستكون محلاً للدراسة فى بحثنا هذا.

الإسكندرية **المؤلف**

أغسطس ٢٠١٢ **د. هشام فضلى**

الجزء الأول

عقد البيع التجارى بين الإنقاذ وإعادة التوازن

"دراسة فى ضوء التوجهات الحديثة
للقانون المصرى فى تنظيم البيع التجارى"

مقدمة

١ - تطور التنظيم القانونى للعقد التجارى:

يعتبر العقد أهم مصادر الالتزام على الإطلاق، وتفسر هذه الأهمية بأنه يكاد يكون الوسيلة الأولى والأساسية لتداول الثروة ، ومن ثم يشكل إحدى دعائم النشاط الاقتصادى فى المجتمعات الإنسانية[١]. ويمكن تعريف العقد بأنه ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون.

ويؤدى مبدأ الرضائية إلى أن العقود لا تتناهى فى أنواعها وأشكالها. وتتوزع العقود على أقسام عدة ، بحسب صفة المتعاقدين ومدى إلزامها لطرفيها أو لأحدهما ودور الزمن فى التنفيذ وغيرها. ومن بين تلك التقسيمات: العقود التجارية والعقود المدنية.

ويختلف الفقه حول صحة التقسيم الأخير[٢]، فيذهب بعض الفقهاء إلى انتقاد هذه التفرقة، فالعقد التجارى لا يختلف عن العقد المدنى من حيث عناصره ومقوماته الفنية، والعقد نفسه قد يكون تجاريًا أو مدنيًا، بحسب صفة المتعاقدين والغرض الذى من أجله تبرم العقود دون أن تتغير بنيته الداخلية[٣]. أضف إلى هذا أن العقود التجارية شأنها فى ذلك شأن العقود المدنية تخضع للقواعد العامة فى الالتزام العقدى، كما نظمها القانون المدنى[٤]، فى حين يتجه آخرون إلى أن خضوع العقود كلها — مدنية أو تجارية — للنظرية العامة للالتزام لا يمنع القول بأن

---

(١) د. حسام الأهوانى، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ١٩٩٥، ص ٣٥.

(٢) ويرى البعض أن هناك عقودًا مدنية بطبيعتها، كالعقود المتعلقة بالعلاقات العائلية أو العقود المبرمة على سبيل التبرع، وعقودًا تجارية بطبيعتها؛ نزولاً على إرادة المشرع أو توافقًا مع طبيعة محل العقد، ومثالها بيع المحل التجارى أو عقد الالتزام التجارى.
Collart Dutilleul (F.) et Delebecque (ph.), contrats civils et commerciaux, Dalloz, 2004, p. 22, n° 19.

(٣) انظر في عرض الفقه وتحليله: د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، العقود التجارية — وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٥ ومابعدها؛ د. حسنى المصرى، العقود التجارية في القانون الكويتى والمصرى والمقارن، مكتبة الصفار، ١٩٨٩- ١٩٩٠، ص ١٠ ومابعدها.

(٤) د. حسام عيسى، العقود التجارية، الجزء الأول، ١٩٩٩، ص ٣.

العقود التجارية تخضع لنظام قانونى متميز يختلف عن ذلك الذى تخضع له العقود المدنية، وهو ما يمثل مبررًا كافيًا للإبقاء على التقسيم التقليدى لهذين النوعين من العقود[1].

وأخذ التقنين التجارى الملغى الصادر سنة ١٨٨٣ بفكرة استقلالية العقود التجارية وتميزها، فخصص لها الباب الثانى منه والذى يتضمن عقود الشركات، والرهن التجارى، والوكالة بالعمولة، والوكالة بالعمولة للنقل، والسمسرة والبورصات التجارية، والأوراق التجارية. كما تطرقت بعض القوانين الخاصة إلى تنظيم العديد من العقود التجارية مثل عقد الوكالة التجارية.

وقد انتقد التقنين السابق بأنه لم يعد يساير تطورات الواقع والقانون[2]، بعد مرور أكثر من مائة عام على صدوره، كما أنه أغفل عقد البيع التجارى، على الرغم من أهميته واعتباره بحق أساس المعاملات التجارية وعمودها الفقرى[3]، وأشار إليه عرضًا فى باب الإفلاس وفى باب البورصات التجارية[4]، وانصب اهتمامه — فقط — على إصدار بعض القوانين المنظمة لأشكال خاصة من البيع التجارى مثل البيع بالتقسيط، أو البيع بالمزايدة العلنية، أو بطريق التصفية.

وحرص المشرع عند إصدار قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على تفادى هذا القصور، فأعاد تنظيم العقود التجارية التى تضمنها التقنين السابق تنظيمًا شاملاً، وعالج بنصوص خاصة العقود التى أغفلها مثل البيع التجارى والسمسرة، وأضاف إليها ما استحدثه العمل من عقود جديدة أصبحت تؤدى دورًا بارزًا فى الحياة التجارية على الصعيدين المحلى والدولى مثل عقد نقل

---

(١) د. حسام عيسى، العقود التجارية، المرجع السابق، ص ٤.
(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة المصرى.
(٣) د. محسن شفيق، الوسيط فى القانون التجارى المصرى، الجزء الثانى، العقود التجارية — الأوراق التجارية، الطبعة الثانية، ١٩٥٥، ص ٣.
(٤) د. أكثم الخولى، دروس فى القانون التجارى، مطبعة نهضه مصر، ١٩٦١، ص ١٣.

التكنولوجيا، وعقد الإيداع فى المستودعات العامة، وقبل هذا، اهتم المشرع برصد مجموعة من الأحكام تسرى عامة على الالتزامات التجارية[1].

ونظرًا لأهمية البيع التجارى أفرد له المشرع التجارى فصلاً كاملاً من قانون التجارة هو الفصل الثانى من الباب الثانى الذى يحوى المواد من ٨٨ إلى ١١٨. وقد رأينا تناول هذا الفصل بالتحليل والتأصيل فى محاولة للتعرف على مظاهر تميز أحكام البيع التجارى عن البيع المدنى، والفلسفة التى ينطلق منها القانون التجارى فى تناوله لعقد البيع. وقد شجعنا على هذا أمران: **الأول**: إن هذه النصوص لم تحظ حتى الآن بعناية خاصة من الفقه، **الثانى**: أن التقسيم الذى اتبعه المشرع لأحكام البيع التجارى بين أحكام عامة وأحكام خاصة تسرى كل منها على حالات معينة تفترق عن سريان الآخر، يدفعنا للتساؤل عن أسباب هذا التقسيم، وهل يعكس توجهًا جديدًا فى السياسة التشريعية لقانون التجارة أو لا؟

٢ ـ البيع التجارى بين الأحكام العامة والأحكام الخاصة:

وردت النصوص المتعلقة بالبيع التجارى فى الفصل الثانى من الباب الثانى من قانون التجارة الخاص بالالتزامات والعقود التجارية، ويحمل هذا الفصل عنوان " البيع التجارى" وهو موزع على فرعين: الأول للأحكام العامة ويسرى على عقود البضائع التى يبرمها التجار فيما بينهم لشئون تتعلق بالتجارة (مادة ٨٨) أما الفرع الثانى فيعالج الأحكام الخاصة ببعض أنواع البيوع التجارية، ولا يشترط لتطبيقها أن يقع البيع بين تجار، بل يكفى أن يكون العقد تجاريًا بالنسبة إلى أحدهما فقط (مادة ١٠٤).

ويقرر بعض الفقهاء – بحق – أن إطلاق اسم الأحكام العامة على الفرع الأول مضلل لأنه يوحى بأن أحكامه تسرى على كل البيوع التجارية، فى حين تسرى فقط على عقود بيع البضائع التى يبرمها التجار فيما بينهم لشئون

---

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة.

تتعلق بالتجارة[1]، ويعكس أحكام الفرع الثانى التى يكفى لسريانها أن يكون أحد الطرفين تاجرًا؛ ولذلك فإن كلاً من أحكام الفرعين الأول والثانى خاص بتنظيم بعض العلاقات القانونية ومستقل عن الآخر. وبعبارة أخرى، فإن الفرع الأول خاص بالبيع بين التجار لشئون تتعلق بتجارتهم، أما الفرع الثانى فخاص بالبيع الذى يكون أحد طرفيه أو كلاهما تاجرًا.

وفى رأينا أن الاختلاف لا يقتصر على نطاق التطبيق، بل يمتد إلى منهج المعالجة، فالنصوص التشريعية فى الفرع الأول تنظم بعض المشكلات الحاصلة التى ترتبط بثلاثة موضوعات رئيسية هى: تعيين المحل، والتزامات البائع، والتزامات المشترى، دون نظر لطبيعة البيع وسماته الخاصة ودون اهتمام بكونه يمثل صورة خاصة من صور البيع من عدمه، ومن المهم فقط أن يقع البيع بين تجار لشئون تتعلق بتجارتهم. أما القواعد القانونية فى الفرع الثانى فهى لا تنظر إلى العناصر الأساسية فى عقد البيع فى حد ذاتها، بل إلى المركز القانونى للمتعاقد بالنسبة لها فى عقد بعينه، من بين العقود التى وردت على سبيل الحصر، ومثال ذلك مركز المشترى فى البيع بالتقسيط، أو مركز طالب التوريد فى عقد التوريد. وقد يرد التنظيم التشريعى على مركز أحد المتعاقدين فى العقد بأكمله أو على مركزه تجاه التزام محدد. ولا يشترط أن يكون كل من الطرفين تاجرًا، بل يكفى أحدهما فقط.

٣ ـ اختلاف منهج تنظيم عقد البيع التجارى عن بقية العقود التجارية:

يختلف منهج المشرع التجارى، السالف بيانه، فى تنظيم عقد البيع التجارى عن منهجه فى تنظيم عقدى الوكالة التجارية والنقل. فالفصل الخامس الذى ينظم عقد الوكالة التجارية مقسم إلى فرعين: الأول للأحكام العامة لكل صور هذا العقد وأشكاله، ولا ينحصر تطبيقه فى إطار معين أو فى علاقات بعينها، كما هو الحال فى الأحكام العامة لعقد البيع التجارى التى تسرى بين التجار لشئون تتعلق بالتجارة. أما الفرع الثانى فيسرى على بعض أنواع الوكالة

---

(١) د. محمود مختار بريرى، قانون المعاملات التجارية، الالتزامات والعقود التجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ١٣٧.

التجارية وهى: الوكالة بالعمولة، وكالة العقود، ولا يرتبط تطبيق الفرع الثانى بأكمله بشروط معينة سوى تلك التى يستلزمها كل عقد على حدة، على عكس الأحكام الخاصة بالبيع التجارى التى تختلف شروط سريانها عن الأحكام العامة، كما سبق أن أوضحنا، وقبل النظر فى العقد الخاص محل التنظيم، مثل التوريد أو البيع بالتقسيط الذى يكون له بطبيعة الحال شروط خاصة به.

أما الفصل السابع الذى يعالج عقد النقل، فقد اتبع المشرع التجارى بصدده منهج تنظيم عقد الوكالة نفسه، فخصص مقدمة الفصل للأحكام العامة والتى تسرى على جميع صور النقل، ورصد الفروع من الأول إلى الرابع لبعض صور النقل وهى: نقل الأشياء، ونقل الأشخاص، والوكالة بالعمولة للنقل، والنقل الجوى.

وعلى هذا فإن اختلاف منهج التنظيم القانونى لعقد البيع التجارى عن بقية العقود التجارية يعكس بلا شك اختلافا فى السياسة التشريعية. ويبقى السؤال قائمًا: ما التوجه الذى يبتغيه المشرع التجارى من هذا التنظيم وهل يدور حول الأسباب التقليدية التى استدعت وجود قانون خاص للتجارة؟

٤ ـ البيع التجارى والأسباب التقليدية لنشوء قانون خاص بالمعاملات التجارية:

لا خلاف على أن المشرع التجارى – كدأبه دائمًا فى تنظيم الأعمال التجارية – يتدخل بالقواعد القانونية التى تكفل تطويع القواعد المدنية لمعطيات التجارة وحاجاتها إلى السرعة والثقة ودعم الائتمان وتوفير الاستقرار اللازم والعاجل للمراكز القانونية، لاسيما أن البيوع التجارية ترد عادة على مثليات، وكثيرًا ما ترتبط بعمليات نقل[1].

ومع ذلك فإن هذه الأسباب التقليدية والراسخة فى الفقه التجارى لا تصلح بمفردها لتفسير منهج المشرع في تنظيم البيع التجارى، وقد تعكس أهدافًا ثانوية لا أساسية لهذا المنهج، وذلك لسببين: **الأول**: أن عناصر السرعة والثقة ودعم الائتمان ليست ضرورية فقط للعلاقات بين التجار، وإنما أيضًا للعلاقات

---

(١) د. على سيد قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، العقود التجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ١٩.

التجارية التى يكون أحد أطرافها فقط تاجرًا، فلا مجال إذن للتفرقة بين الأحكام العامة والأحكام الخاصة فى البيع التجارى استنادًا إلى هذه العناصر. **الثانى**: أن القواعد الموضوعية فى تنظيم البيع التجارى لا تعكس دائمًا هذا الفكر التقليدى فى تطويع القواعد المدنية لاحتياجات التجار عن طريق تبسيط الأحكام وجعلها أكثر مرونة، بل إنها تميل - أحيانًا - إلى تشديد الإجراء أو الحكم فى البيع التجارى مقارنة بمثيله المدنى. الأمر إذن يتجاوز الأسباب القديمة التى اعتاد الفقه على إبرازها مبررًا ودافعًا؛ لظهور تنظيم خاص بالتجارة، سواء أكان فى العقود التجارية أم فى غيرها. ويبقى التساؤل مطروحاً: ما التوجه الجديد الذى ذهب إليه المشرع التجارى عند تنظيمه عقد البيع على هذا الشكل الفريد؟

٥ - البيوع المتكافئة ومخاطر انهيار العقد - فكرة الإنقاذ:

فى رأينا لا يمكن التعرف على رؤية المشرع التجارى المصرى بمعزل عن فهم الاتجاهات الحديثة فى تنظيم البيوع التجارية، لاسيما تلك التى تبنتها الإتفاقيات الدولية، كاتفاقية فيينا للبيع الدولى للبضائع ١٩٨٠. فعقد البيع بين التجار لم يعد تصرفًا قانونيًا يتعلق - فقط - بمصلحة أطرافه، بل أصبح يمثل أيضًا قيمة مضافة للنشاط الاقتصادى فى المجتمع يتعين الحفاظ عليها من المخاطر التى تتهددها المتمثلة فى: الإنعدام أو البطلان أو الفسخ أو تنازع أطرافه قضائيًا وغيرها.

وإذا ضربنا مثالاً بفسخ العقد، فإن المبادئ العامة تقضى بإرجاع مركز المتعاقدين إلى ما قبل إبرام العقد، وهو ما يعنى إعادة البضائع بعد إرسالها للمشترى وما يصاحب ذلك من نفقات للنقل والتأمين والتخزين، فضلاً عن تعرضها لمخاطر التلف والهلاك، ويسترد المشترى كذلك الثمن بعد دفعه للبائع[1]. ولذا فإن القواعد العامة فى الفسخ، لا سيما فى حالة اللجوء للقضاء وما يستتبع ذلك من بطء فى الإجراءات، قد تفضى إلى الإضرار بالطرفين أو

(١) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، "دراسة فى قانون التجارة الدولى"، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٣٤؛ د. على قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٢٧.

بأيهما، فالبائع يعانى من تقلبات الأسعار، ويحرم أحيانًا من تطور الظروف لمصلحته، كما أن تلف البضاعة خلال فترة النزاع يلحق به أشد الضرر[1]. وقد يواجه المشترى تعنتًا من البائع فى استرداد الثمن، على نحو قد يصيب نشاطه بالشلل الجزئى أو الكلى.

والفسخ بالنسبة لطرفى العقد، قد يؤدى إلى اضطراب أحوال التاجر المالية، بما يؤثر تأثيرًا غير مباشر على تعاقداته الأخرى، سواء المتصلة بالصفقة التى لحقها الفسخ أو غيرها من الصفقات. ويتبع هذا الاضطراب سلسلة أخرى من الاضطرابات المالية لتجار آخرين مرتبطين مع التاجر المفسوخ بيعه بحكم تشابك أوضاع التجار الاقتصادية وترابطها بعضها ببعض.

وتفاديًا لهذه المشكلات اتجه المشرع التجارى إلى الحفاظ على العلاقة العقدية بين التجار وإنقاذها من مخاطر الانعدام والبطلان والفسخ والنزاع القضائى وغيرها. وهى مخاطر لا تفلح معها وسائل القانون المدنى والقواعد العامة. ويتخذ الإنقاذ[2] أشكالاً عديدة من بينها: **أولاً**: استكمال بعض أركان العقد التى أغفلها طرفاه، ومثال ذلك حالة خلو البيع من عنصر الثمن، **ثانيًا**: إزالة الغموض الذى يحيط بتفسير بعض الشروط المألوفة فى العقود التجارية، **ثالثًا**: التشدد فى تحديد حالات الفسخ واجراءاته، **رابعًا**: رصد جزاءات مدنية تؤدى إلى الإفادة من العقد بدلاً من فسخه فى الأحوال التى لا يمكن فيها تجنب الجزاء الأخير، وبعضها يعد تطويرًا وتقنينًا لعرف تجارى قائم، ومن أمثلة ذلك

---

(١) د. حسام الأهوانى، عقد البيع في القانون المدنى الكويتى، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٩، ص ٨٢٢.

(٢) وقد استخدم د. محسن شفيق مصطلح الانقاذ فى مؤلفه عن البيع الدولى للبضائع بقوله: " أن الحل الذى جاءت به المادة ٦٥ هو فى الواقع محاولة **لإنقاذ** العقد من احتمال الفسخ" . د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، المرجع السابق، ص ٢٠٨. وقد استعمل المصطلح نفسه د. اكثم الخولى بقوله " أما إنقاص الثمن فهو جزاء **ينقذ** البيع التجارى من الفسخ .... " . د. اكثم الخولى، دروس فى القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٢٣ .

إنقاص الثمن فى حالة عجز البضائع[1]. وغير ذلك من الأشكال والتى سنتعرض لها فى الباب الأول من هذا البحث.

وتنسجم فكرة الإنقاذ مع الهدف من إبرام العقود، فالأصل هو تنفيذ العقد، ويجب الحرص على هذا الأصل كلما أمكن، مع مراعاة حقوق الأطراف. فجزاء إنقاص الثمن - مثلاً - يمكن المشترى من تحقيق الغرض المقصود من العقد وهو الحصول على المبيع، لإعادة بيعه أو غير ذلك، والبائع يحصل على الثمن المناسب لما سلمه من بضاعة.

ولا يعنى الحفاظ على العلاقة العقدية من خلال الوسائل السابقة الانتقاص من مبدأ سلطان الإرادة، فالمشرع - فى باب البيع التجارى - لم يخرج عن القاعدة المقررة فى المادة الثانية من قانون التجارة فى خضوع المواد التجارية ومن بينها العقود التجارية لأحكام الاتفاق بين المتعاقدين، عدا ما يتعارض منها مع النظام العام فى مصر[2]؛ ولذلك فإن الأحكام التى رصدها المشرع والتى تهدف إلى تفادى انهيار العلاقة والحد من مخاطر النزاع يتعين ألا تصطدم صراحة أو ضمنًا بإرادة الطرفين، وإعمالاً لهذا المبدأ، يشترط الفقه لسريان قاعدة إنقاص الثمن، المقررة فى المادة ١٠١ من قانون التجارة، ألا تكون إرادة الطرفين قد اتجهت صراحة أو ضمنًا لاستبعاد هذا الجزاء[3].

---

(١) د. حسام الأهوانى، عقد البيع في القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٤٣٨.

(٢) وتخضع العقود التجارية، بالتطبيق لنص المادة الثانية من قانون التجارة الجديد لأحكام الاتفاق بين المتعاقدين. فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق تطبق نصوص قانون التجارة أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية، ثم قواعد العرف التجارى والعادات التجارية، فإذا لم يوجد عرف تجارى أو عادة تجارية وجب تطبيق أحكام القانون المدنى. ولا يجوز تطبيق الاتفاقات بين المتعاقدين، أو قواعد العرف التجارى أو العادات التجارية، متى تعارضت مع ا لنظام العام في مصر. انظر د. على البارودى - د. محمد فريد العرينى، القانون التجارى، العقود التجارية - والعمليات المصرفية وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنه ١٩٩٩، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١، ص ١٠.

(٣) د. حسام الأهوانى - عقد البيع في القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٤٣٨؛ د. على سيد قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٣٠.

وتقتصر أحكام الحفاظ على العلاقة العقدية وإنقاذها من مخاطر الانهيار على العلاقة القانونية ذات المراكز المتكافئة، وهو ما عبر عنه المشرع بالبيوع بين التجار لشئون تتعلق بالتجارة، فهذه العلاقة تعد ذات طابع تجارى محض، أى تجارية بين الطرفين؛ ولذلك فإنها ذات آثار اقتصادية وقانونية مزدوجة، على نحو يقتضى الحفاظ عليها كلما أمكن ذلك.

٦ - البيوع غير المتكافئة وأهمية حماية الأطراف - فكرة إعادة التوازن:

راعى المشرع أن هناك طائفة أخرى من العقود التجارية تتركز المشكلات القانونية المتعلقة بها فى اختلال مراكز أطرافها العقدية. ففى بيع المنقولات الجديدة بطريق التصفية أو المزايدة العلنية قد ينخدع الجمهور ببعض الدعايات المغرضة، فيندفعون إلى الشراء معتقدين أن البيع يتم بثمن يقل عن سعر السوق؛ لذا تدخل المشرع لحماية المشترى بوضع القواعد التى تنظم هذا البيع.

وتتعدد مصادر عدم التوازن، فقد يكون مرجعها استعمال أحد الطرفين لحقوقه المقررة، وفقًا للقواعد العامة، كالفسخ والإنهاء، على نحو لا يتفق مع طبيعة بعض العقود أو وجود بعض الشروط التعسفية أو عدم فاعلية الضمانات الممنوحة لأحد الطرفين، بما يعرضه لمخاطر عديدة وغيرها. وتتعدد كذلك أشكال عدم توازن العلاقات العقدية، فقد ترد على مركز أحد المتعاقدين أو كليهما، سواء أكانت فى العقد برمته أم تجاه التزام محدد، وهو ما نبينه على مدى صفحات هذا البحث.

وهذه العقود التى أطلق عليها المشرع أحكامًا خاصة ببعض أنواع البيوع التجارية، تتجسد فى ثلاثة عقود هى: البيع بالتقسيط، والبيع بطريق التصفية أو المزايدة العلنية، وعقد التوريد. ولا يشترط لتطبيقها أن يكون العقد تجاريًا بالنسبة لطرفيه، بل يكفى توفر هذه الصفة فى أحدهما فقط. وهى بيوع تتسم بأن مراكز أطرافها تعد مراكز غير متكافئة، على ما سيبين لاحقًا.

٧ - موضوع البحث ومنهج الدراسة: البيع التجارى بين ازدواجية النطاق وازدواجية الأهداف مع المقارنة بالقانون المدنى واتفاقية فيينا:

على هدى ماسبق، يمكن فهم سلوك المشرع بالتفرقة بين نطاقين للبيع التجارى الأول خاص بالبيع بين التجار لشئون تتعلق بالتجارة، والثانى متعلق

بالبيع فى بعض العقود الواردة على سبيل الحصر تكفى صفة التجارية فى أحد طرفيها. فالبيع فى الحالة الأولى يكون بين أصحاب مراكز متكافئة، ويهدف المشرع من تنظيمه إلى إنقاذ العلاقة مما يهددها من مخاطر الفسخ أو البطلان أو النزاع بصفتها قيمة مضافة للنشاط الاقتصادى. أما فى الحالة الثانية فإن البيع ينعقد بين مراكز غير متكافئة، فى بعض صور العقود الواردة على سبيل الحصر؛ ولذلك فإن اهتمام المشرع كان منصبًا على علاج ما لحق بها من اختلال.

ويخضع البيع التجارى ـ بالتطبيق لنص المادة الثانية من قانون التجارة ـ لأحكام الاتفاق بين المتعاقدين، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق، سرت نصوص قانون التجارة أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية ثم قواعد العرف التجارى والعادات التجارية، فإذا لم يوجد عرف تجارى أو عادة تجارية، وجب تطبيق أحكام القانون المدنى. ولا يجوز تطبيق الاتفاقات بين المتعاقدين أو قواعد العرف التجارى أو العادات التجارية متى تعارضت مع النظام العام فى مصر.

وستتركز دراستنا على تسليط الضوء على منهج التنظيم التشريعى لعقد البيع التجارى، السالف بيانه من خلال استعراض أحكام المواد من ٨٨ إلى ١٠٨ من قانون التجارة، مع المقارنة بأحكام عقد البيع فى القانون المدنى وفى اتفاقية فيينا ١٩٨٠[(١)]، وبمراعاة اختلاف نطاق التنظيم القانونى فى هذه التشريعات، فالموضوعات التى يعالجها أى منهما قد لا يعالجها تشريع آخر.

---

(١) اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بعقود البيع الدولى للبضائع الموقعة في فيينا بتاريخ ١٩٨٠/٤/١١ والمنشورة بالجريدة الرسمية في ٣٠ يناير سنة ١٩٩٧، ص ٢٦٥.
وانظر في تلك الاتفاقية باللغة الفرنسية:
Audit (Bernard), La vente internationale de merchandises, convention des Nations Unies du 11 avril 1980, LGDJ, 1990; Dessemontet (Francois), Les contrats de vente internationale de marchandises, Cedidac, Lausanne, 1991; Heuzé (Vincent), La vente internationale de marchandises, Droit uniforme, GLN, joly, 1992.
وباللغة العربية:
د. حسام الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولى للبضائع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية؛ د. خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولى للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، مكتبة الاشعاع الفنية، ٢٠٠١؛ د. محسن=

وتجدر الإشارة إلى أن الأهداف الرئيسية للتنظيم القانونى للبيع التجارى، وهى الإنقاذ وإعادة التوازن، لا تمنع من وجود أهداف أخرى ثانوية بجوارها، كما أن السعى إلى تحقيق أحد الأهداف قد يفضى – بطريقة غير مباشرة – إلى تحقيق الهدف الآخر، فالحفاظ على العلاقة العقدية ــ مثلاً ــ قد يؤدى إلى إعادة التوازن لها.

٨ ـ تقسيم:

يبين مما سبق اختلاف نطاق سريان أحكام البيع التجارى المتعلقة بالمراكز المتكافئة عن الأحكام المتصلة بالمراكز غير المتكافئة فى هذا البيع، والأهداف التى يسعى إليها المشرع فى الحالتين، وهى الحفاظ على العلاقة العقدية وإعادة التوازن إليها.

وبناء على هذا رأينا استعراض منهج المشرع التجارى فى تنظيم عقد البيع من خلال تقسيم هذا البحث إلى بابين على النحو التالى:

الباب الأول: مظاهر الإنقاذ والمراكز المتكافئة فى البيع التجارى.

الفصل الأول: مظاهر إنقاذ العقد وتعيين المحل.

الفصل الثانى: مظاهر إنقاذ العقد والتزامات البائع.

الفصل الثالث: مظاهر إنقاذ العقد والتزامات المشترى.

الباب الثانى: مظاهر إعادة التوازن والمراكز غير المتكافئة فى البيع التجارى.

الفصل الأول: مظاهر إعادة التوازن وعقد البيع بالتقسيط.

الفصل الثانى: مظاهر إعادة التوازن والبيع بالتصفية أو بالمزايدة العلنية.

الفصل الثالث: مظاهر إعادة التوازن وعقد التوريد.

=شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، دراسة فى قانون التجارة الدولى، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، د. محمود سمير الشرقاوى، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولى للبضائع، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢؛ د. أشرف رمضان عبد العال سلطان، انتقال تبعة الهلاك فى عقد البيع الدولى للبضائع وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولى للبضائع (فيينا ١٩٨٠)، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.

الباب الأول
مظاهر الإنقاذ والمراكز المتكافئة فى البيع التجارى

٩- البيوع بين التجار بين مخاطر القواعد العامة ومظاهر الحماية فى قانون التجارة:

رصد المشرع التجارى المواد من ٨٨ إلى ١٠٣ لتنظيم عقود البيع التى يتوفر فيها ضابطان[١] : **الأول**: أن يكون البيع واردًا على بضائع وغير خاضع لأحكام خاصة، وكان البدل فيه المقابل للمبيع نقدًا، أو كان نقدًا وعينًا، وكانت قيمة الجزء العينى أدنى من الجزء النقدى. وتطبيقاً لذلك، لا تسرى أحكام قانون التجارة على عقد المقايضة؛ حيث لا يوجد ثمن نقدى أو عقد الهبة؛ لأنه يجرى دون عوض أو عقد بيع الأوراق المالية؛ إذ يخضع لقانون خاص[٢]. **الثانى**: أن يبرم عقد البيع بين تجار لشئون تتعلق بالتجارة (م ١/٨٨).

وتسرى على البيوع التجارية الدولية أحكام الاتفاقيات الدولية بشأن هذه البيوع والنافذة فى مصر وكذلك الأعراف السائدة فى التجارة الدولية والتفسيرات التى أعدتها المنظمات الدولية للمصطلحات المستعملة فى تلك التجارة إذا أحال إليها العقد (م ٢/٨٨).

وراعى المشرع أن البيوع بين التجار لشئون تتعلق بالتجارة ـــ وهو ما يطلق عليه البيوع التجارية المحضة[٣]ـ تبرم بين تجار تتوفر فيهم الندية والخبرة، أى بين مراكز متكافئة، وهى تشكل أحد الأسس المهمة فى الاقتصاد الوطنى، على نحو يتطلب الحفاظ عليها، لاسيما أن اضطراب أحدها يستتبع اضطراب سلسلة الروابط القانونية التى تمتد من أطرافها إلى هؤلاء الذين تعاملوا معها[٤].

---

(١) د. على سيد قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ١٤.

(٢) قانون تنظيم سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، وقانون الإيداع والقيد المركزى رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠، وقانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

(٣) محمود مختار بريرى، قانون المعاملات التجارية، الالتزامات والعقود التجارية، المرجع السابق، ص ١٣٥.

(٤) د. محمود سمير الشرقاوى، الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع، دار النهضة العربية، ١٩٩١، ص ٦٣.

وتفاديًا للمخاطر التى تحيط بالبيع التجارى، والتى لا تفلح معها وسائل القانون المدنى والقواعد العامة، حرص قانون التجارة على رصد الأحكام اللازمة للحفاظ على العلاقة العقدية التى تتصل بثلاثة موضوعات رئيسية هى: تعيين المحل والتزامات البائع والتزامات المشترى.

ومن ثم رأينا تقسيم هذا الباب-إلى ثلاثة فصول على النحو التالى:

الفصل الأول: مظاهر إنقاذ العقد وتعيين المحل.

الفصل الثانى: مظاهر إنقاذ العقد والتزامات البائع.

الفصل الثالث: مظاهر إنقاذ العقد والتزامات المشترى.

الفصل الأول

مظاهر إنقاذ العقد وتعيين المحل

١٠- محلان للبيع التجارى:

البيع هو عقد ملزم للجانبين، لذا فإنه ينشئ التزامات فى جانب البائع محلها هو المبيع، وينشئ التزامات مقابلة فى جانب المشترى محلها الرئيسى هو الثمن؛ ولذلك يكون للبيع محلان رئيسيان هما المبيع والثمن[١]، رصد لهما المشرع المواد من ٨٩ إلى ٩٢ من قانون التجارة.

وفى ضوء ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالى:

المبحث الأول: إنقاذ العقد وتعيين المبيع.

المبحث الثانى: إنقاذ العقد وتعيين الثمن.

المبحث الأول

إنقاذ العقد وتعيين المبيع

١١- التفرقة بين التعيين الأساسى والتعيين الثانوى:

لا يقوم البيع إذا انصرفت نية أحد المتعاقدين إلى شراء شئ، واتجهت نية المتعاقد الآخر إلى بيع شئ آخر مختلف؛ ولهذا يجب أن يكون المبيع معيناً تعييناً نافياً للجهالة، أى محدداً على نحو يمنع خلطه بشئ آخر أو قابلاً للتعيين[٢]، ويعتبر هذا الشرط تطبيقاً للقواعد العامة فى القانون المدنى التى تستوجب أن يكون محل الالتزام معيناً أو قابلاً للتعيين[٣].

---

(١) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط في شرح القانون المدنى، الجزء الرابع، العقود التى تقع على الملكية، البيع والمقايضة، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغى، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص ٦٦٥.

(٢) د. حسام الأهوانى، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ١٩٧.

(٣) Bénabent (A.), Droit civil, les contrats spéciaux civils et Commerciaux, 9e édition, Montchrestien, p. 21; Gross (B.), Contrats – vente Commercial – Chose vendue – Prix, juris – classeurs – Contrats – Distrubtion, Fasc. 260, 1983, n° 13 et s.

وإعمالاً لما سبق، إذا كان الشئ المبيع من الأشياء القيمية، فيجب بيان خصائص المبيع وصفاته التى تسمح بعدم خلطه بأشياء أخرى، أما إذا ورد البيع على أشياء مثلية، أى غير معينة بالذات، فإنه يجب تعيينها تعييناً نافياً للجهالة. والشئ المثلى يجب أن يعين بجنسه ونوعه ومقداره. وإذا لم يذكر فى العقد درجة جودة المبيع بجانب ذكر جنسه ونوعه ومقداره، فإن البائع يلتزم بتسليم شئ من الصنف المتوسط إذا لم يكن من الممكن استخلاص درجة الجودة المطلوبة من العرف أو من ظروف التعاقد[1] (م ١٣٣ مدنى).

وينصرف التعيين الوارد فى القانون المدنى إلى ما يسمى بالتعيين الأساسى أى الذى يتعلق بالعناصر الأساسية للمبيع التى تكفى لتحديده وتمييزه عن غيره من الأشياء. ولا ينتقص من توافر شرط التعيين الإبقاء على بعض المواصفات التفصيلية إلى ما بعد إبرام العقد[2]، مثل شكل البضاعة المبيعة أو حجمها أو لونها أو مقاسها أو مذاقها أو غير ذلك من أوصافها المميزة.

١٢- صحة شرط التعيين الثانوى وتنظيمه:

لم يشأ قانون التجارة أن يترك مسألة تحديد المواصفات التفصيلية للقواعد العامة، لا سيما أنه لا يوجد نص قانونى يعالج حقوق طرفى البيع، من حيث كيفية ممارسة الحق فى التحديد ووقته وآثاره، لا سيما فى حالة غياب الاتفاق على أى من هذه العناصر أو كلها اكتفاءً بالنص على ترك مسألة تعيين المواصفات للمشترى إلى وقت لاحق لإبرام العقد.

وبناء على هذا تدخل المشرع فى المادة ٩٢/ ١ من قانون التجارة بحكم خاص يقرر فيه جواز الاتفاق على ترك تحديد شكل المبيع أو حجمه أو غير ذلك من المواصفات التفصيلية للمشترى. ويوجب على الأخير أن يقوم بهذا التحديد فى الموعد المتفق عليه أو فى ميعاد مناسب، عند عدم الاتفاق على ميعاد معين. وفى حالة التخلف عن ذلك، فإن للبائع أن يطلب الفسخ والتعويض.

---

(١) رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة فى عقدى البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢، ص ١٠٤.

(٢) د. حسام الأهوانى، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ١٩٩.

وتواجه المادة السابقة حالة البيع الوارد على أشياء لا يمكن تحديد مواصفاتها التفصيلية عند إبرام العقد، ومن أمثلة ذلك شراء مستورد لعدد من السيارات ثم تعيينها تعييناً نافياً للجهالة عدا ألوانها التى يتوقف تحديدها على أذواق العملاء وحالة السوق، فتجيز هذه المادة تأجيل الاتفاق على هذه المواصفات التفصيلية إلى ما بعد إبرام العقد خلال الميعاد المتفق عليه أو فى مدة مناسبة ؛ ليوافى المشترى البائع بهذه المواصفات تبعاً لما تتكشف عنه حالة السوق وأذواق العملاء وما يفضلونه من ألوان[1].

١٢ـ تفادى انهيار العقد عند تخلف التعيين الثانوى:

ورغبة من المشرع فى عدم انهيار العلاقة القانونية لمجرد إغفال المتعاقدين لصفة ثانوية يمكن حسمها على نحو يحقق مصلحتهما المشتركة فى إنجاز العقد[2]، تدخلت المادة ٢/٩٢ من قانون التجارة بحكم خاص يجيز للبائع تحديد أوصاف المبيع، بدلاً من طلب الفسخ والتعويض. ويكون هذا التحديد وفقاً لحاجات المشترى التى يمكن للبائع العلم بها، ويصبح نهائياً وملزماً للمشترى إذا لم يعترض عليه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره به.

ويتضح من المادة ٩٢/ ٢ أن التحديد الذى يقوم به البائع لا يصبح نهائياً إلا بتوافر عدة شروط : **الأول:** أن يتخلف المشترى عن القيام بهذا التحديد فى خلال الموعد المتفق عليه أو الموعد المناسب. **الثانى:** اختيار هذه الأوصاف وفقاً لرغبات المشترى التى يعلمها البائع إن كان يعلم شيئاً بشأنها. **الثالث:** انقضاء مدة خمسة عشر يوماً على إخطار المشترى بهذه المواصفات دون اعتراض[3].

ونص المادة ٩٢، بفقرتيه، إنما يعبر عن إعراض القانون التجارى، متأثراً باتفاقية فيينا ١٩٨٠، عن الأخذ بالرأى الذى يذهب إلى أن العقد المشتمل على

---

(١) د. حسام الأهوانى، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ١٩٩.

(٢) د. حسنى المصرى، العقود التجارية فى القانون الكويتى والمصرى والمقارن، المرجع السابق، ص ٦٥.

(٣) د. على قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٣٩.

التزام المشترى بتعيين أوصاف المبيع هو فى حقيقة الأمر عقد معلق على شرط واقف، فإذا تخلف المشترى عن هذا التعيين، لا ينعقد العقد. فالقانون التجارى يعتبر هذا العقد كامل التكوين، وليس عدم التعيين إلا طارئًا يقع على تنفيذه قد يعرضه لجزاء الفسخ إلا إذا أدركه البائع، باستعمال حقه فى إجراء التعيين بنفسه[1].

١٤- التعيين القانونى للمبيع بين قانون التجارة واتفاقية فيينا ١٩٨٠:

استقى المشرع التجارى أحكام التعيين الثانوى من المادة ٦٥ من اتفاقية فيينا للبيع الدولى للبضائع[2]، ومع ذلك فإن ثمة فوارق عديدة بينهما نرصدها فيما يلى:

أولاً: أنه ـ وفقاً للمادة ١/٩٢ من قانون التجارة ـ يجوز للبائع أن يطلب الفسخ والتعويض، فور انقضاء الموعد المتفق عليه لإجراء التعيين أو الموعد المناسب إذا لم يكن هناك اتفاق، دون حاجة لاتخاذ إجراء آخر، فى حين تلزم اتفاقية فيينا البائع أن يطلب من المشترى إجراء هذا التعيين فى حالة غياب الاتفاق على موعد محدد؛ للقيام بذلك، وأن ينتظر انقضاء ميعاد معقول يبدأ من تاريخ إرسال الطلب قبل أن يستعمل حقوقه[3]. وإذا نازع المشترى فى تلقيه هذا الطلب، وعجز البائع عن إثبات استلام المشترى له، فإن البضائع المبيعة تكون مشوبة بعيب عدم المطابقة.

ثانياً: أن تخلف المشترى عن الوفاء بالتزامه بالتعيين الثانوى، بعد انقضاء المدد المنصوص عليها فى القانون التجارى يفتح الباب أمام البائع بطلب

---

(١) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

(٢) راجع فى التعليق على المادة ٦٥ من اتفاقية فيينا:
د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، المرجع السابق، ص ٢٠٦؛ د. محمود سمير الشرقاوى، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص ١٨١.

(٣) Heuzé(v.), la Vent international de marchandises, Droit uniforme, op.cit.1992, p. 251, n° 324.

الفسخ و التعويض من جهة أو الحلول محل المشترى فى القيام بهذا التعيين بالقيود الواردة فى المادة ٢/٩٢ مع احتفاظه بحقوقه القانونية من جهة أخرى. أما اتفاقية فيينا، فإن الاختيار المتاح أمام البائع يبدو أوسع نطاقاً بعض الشئ، ويشمل كل الحقوق المقررة له بمقتضى الاتفاقية عن إخلال المشترى بالتزاماته أو الحلول محل المشترى فى التعيين. ويرى البعض أن تخلف المشترى عن الوفاء بالتزامه أمر يكون مرده الإهمال أو رغبته فى التنصل من العقد. ولذلك أجازت الاتفاقية للبائع أن يضع حداً لعقده مع المشترى إذا كان الأخير يرغب فى التنصل منه، مع احتفاظ البائع بحقوقه المقررة قانوناً[1].

ثالثاً: إذا اختار البائع الحلول محل المشترى فى التعيين الثانوى للشئ المبيع، فإن المادة ٢/٩٢ من قانون التجارة تلزمه بأن يخطر المشترى بأوصاف المبيع التى حددها، وأن ينتظر فوات فترة ١٥ يوماً من تاريخ الإخطار قبل أن يصبح التعيين نهائياً. أما اتفاقية فيينا فتركت للبائع تحديد هذه المدة بشرط أن تكون معقولة. وللمشترى التفكير فى الأوصاف المقترحة عليه وإبداء الرأى فيها واختيار غيرها إن شاء ذلك. فإذا كان الميعاد مسرفاً فى القصر يظل الحق قائماً للمشترى فى الرد على اقتراحات البائع وإبداء الرغبة فى أوصاف جديدة طوال الميعاد المعقول الذى يعينه القضاء[2].

رابعاً: يرى البعض أن الحل الوارد فى المادة ٦٥ من اتفاقية فيينا، بحلول البائع محل المشترى يمكن مده إلى فروض أخرى لا يستطيع البائع فيها تنفيذ التزامه بالتسليم، نتيجة عدم وفاء المشترى بالتزاماته المقررة بمقتضى القانون أو الاتفاق. ويستند هذا الحكم إلى نص المادة ٢/٧ من الاتفاقية التى تقضى بأن "المسائل التى تتعلق بالموضوعات التى تتناولها هذه الاتفاقية والتى لم تحسمها نصوصها تنظم وفقاً للمبادئ العامة التى أخذت بها الاتفاقية ....". لذا، إذا لم يحدد المشترى ميعاد التسليم أو عدد الحصص المكونة لصفقة البيع، وكان العقد

(١) Heuzé(v.), op. cit., P. 250, n° 324.

(٢) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، المرجع السابق، ص ٢٠٧.

يحمله بعبء هذا التحديد، يجوز أن يحل البائع محل المشترى فى هذا التحديد، شريطة مراعاة الأوضاع الواردة فى المادة ٦٥ من الاتفاقية. ويذهب أنصار هذا الرأى إلى القول بعدم التوسع فى استعمال هذا الحق، فلا يجوز ـ مثلاً ـ أن يحل البائع محل المشترى فى إبرام عقود نقل البضائع المبيعة لحساب الأخير التى امتنع عن إبرامها[١].

المبحث الثانى
إنقاذ العقد وتعيين الثمن

١٥ـ المشرع التجارى فى مواجهة عدم تعيين الثمن وعدم قابليته للتعيين: -

الثمن هو محل التزام المشترى، وهو ركن فى عقد البيع، فإذا لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على تحديد الثمن أو جعله قابلاً للتحديد، ببيان الأسس التى يحدد بمقتضاها، فإن البيع يكون باطلاً لفقده ركناً من أركانه[٢]، وليس ذلك إلا تطبيقاً للقاعدة العامة التى تقضى بوجوب أن يكون محل الالتزام معيناً أو قابلاً للتعيين. وقد أورد المشرع أمثلة لبعض الأسس التى تتخذ لتحديد الثمن، فيجوز اتفاق الطرفين على تحديد الثمن على أساس سعر السوق (م ٤٢٣ مدنى) وإذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان المبيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما (م ٤٢٤ مدنى).

وقد يعقد العقد صحيحاً مشتملاً على جميع مكوناته، ولكنه يخلو من تحديد صريح أو ضمنى للثمن ومن كل بيان يمكن بموجبه تحديده. هذا العقد يفتقد ـ وفقاً للقواعد العامة السابق ذكرها ـ لركن أساسى لا ينعقد إلا به، وهو الثمن، ومع ذلك لم يشأ المشرع التجارى إسقاطه فأكمله بعناصر أخرى يمكن من خلالها التوصل إلى الثمن؛ **حرصاً منه على عدم انهيار العقد**[٣]. ليس

---

(١) Heuzé(v.), op. cit., P. 25, n° 325.

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى، الجزء الرابع، ص ٣٣.

(٣) وهو المبدأ الذى أخذت به اتفاقية فيينا للبيع الدولى للبضائع ١٩٨٠. انظر د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ١٩٤.

هذا فقط، بل تدخل المشرع أيضاً ـ وانطلاقاً من المبدأ نفسه ـ بالحد من عوامل تهديد العقد الناشئة عن عدم وضوح أسس التحديد أو التقدير التى يضعها طرفاه، لاسيما أنها تثير مشكلات عديدة فى الواقع العملى[1].

وإعمالاً لما سبق رصد المشرع التجارى المواد من ٨٩ إلى ٩٢ من قانون التجارة؛ لمعالجة مشكلات تعيين الثمن، وهو ما نعالجه فى النقاط الأربع الآتية:

١٦ـ أـ خلو البيع التجارى من تحديد الثمن:

تذهب المادة ٨٩ من قانون التجارة إلى أنه إذا لم يحدد المتعاقدان الثمن، انعقد البيع بالسعر الذى يجرى عليه التعامل بينهما. فإذا لم يكن بينهما تعامل سابق، كان الثمن بالسعر المتداول فى السوق.

ويعد سكوت طرفى التعامل عن تحديد الثمن فى تعاقدهما الجديد بمنزلة الرضاء الضمنى لاعتماد السعر السابق[2]. فالفرض هنا أن المتعاقدين تاجران وبينهما تعامل سابق، بأن كان أحدهما قد اعتاد أن يورد للآخر سلعة معينة بسعر معين أو بسعر يتغير بتغير أسعار السوق، فاستمرار الأول فى توريد السلعة للآخر دون ذكر الثمن يكون معناه أنهما متفقان ضمناً على أن يكون الثمن هو هذا السعر المعين أو السعر المتغير الذى جرى عليه التعامل بينهما[3]. وإذا لم يكن هناك تعامل سابق بين الطرفين، فإن المادة ٨٩ تفترض اتجاه قصد المتعاقدين إلى تعيين الثمن على أساس سعر السوق. ويرى البعض أن الحكم السابق يعد تقنيناً لقاعدة

(١) انظر فى المشكلات المتعلقة بقابلية الثمن للتحديد فى القانون الفرنسى:
Ghestin (j.),. L'indétermination du prix de vente et la Condition potestative, D. 1975, Chr. 293; Corbisier (L.), La détermination du prix dans les Contrats Commerciaux portent vente de marchandises. Réflexions Comparatives, R. I. C. Comp. 1988, p. 767 et s.; Delebecque (Ph.)Collart Dutilleul (F.), Contrats Civils et Commerciaux, op.cit, p. 147, n° 145.

(٢) د. على سيد قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٣٢.

(٣) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الرابع، العقود التى تقع على الملكية، المرجع السابق، ص ٣٢٦.

عامة مقتضاها أن العادات التجارية الجارية هى التى تعالج قصور الشروط التى يتضمنها البيع التجارى[1].

ويتشابه نص المادة ٨٩ من قانون التجارة مع نص المادة ٤٢٤ من القانون المدنى فى اعتداده بسعر التعامل السابق وبسعر السوق عند سكوت طرفى العقد عند تحديد الثمن، ومع ذلك فإن ثمة اختلافات بينهما تتجسد فى الآتى: **أولاً**: أن اعتماد سعر التجارة أو سعر التعامل السابق لا يتقرر فى القانون المدنى إلا إذا تبين من الظروف انصراف نية المتعاقدين إلى الأخذ بهذا السعر، فى حين لم يتطلب قانون التجارة أية شروط ؛ للأخذ بهذه الأسعار، طالما لم تستبعد بعوامل عدة بينتها المادة ٢/٨٩، وتعكس هذه المرونة رغبة المشرع التجارى فى تفادى انهيار العقد، كما أوضحنا، **ثانياً**: أن القانون التجارى يأخذ بسعر التعامل السابق فى البداية، فإذا لم يكن هناك تعامل سابق، فبسعر السوق. أما القانون المدنى فلا يوجد فيه أى أولوية لأحد السعرين على الآخر، إذ يتوقف السعر المعتمد على ما تفصح عنه النية المشتركة للمتعاقدين.

ويقترب نص المادة ٨٩ من قانون التجارة أيضاً من نص المادة ٥٥ من اتفاقية فيينا للبيع الدولى للبضائع فى تفادى انهيار العقد عند عدم تحديد الثمن وتبنى معايير يمكن خلالها تحديد الثمن، إلا أن العديد من الفروق تظهر بينهما، وهى: **أولاً**: أن المادة ٥٥ من الاتفاقية تعتمد الثمن المتداول فى التجارة لبضاعة من النوع نفسه، عند عدم الاتفاق على الثمن أو على وسيلة تحديده[2]، فى حين يتبنى القانون التجارى معيارين لا معياراً واحداً، هما سعر التعامل وسعر السوق. **ثانياً**: تفترض الاتفاقية اتجاه قصد الطرفين ضمناً إلى اعتماد المعيار الذى رصدته ؛ لتحديد الثمن، ما لم يتبين من التعاقد ما يخالف ذلك. أما القانون

---

(١) حسنى المصرى، العقود التجارية فى القانون الكويتى والمصرى والمقارن، المرجع السابق، ص ٦٦. وأشار إلى المرجع الآتى سنداً لرأيه:
Rodière (R.) et Oppetit (B.): Droit Commercial, Dalloz, 1977, p. 166.

(٢) د. محمود سمير الشرقاوى، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص ١٧٣.

التجارى فيعتد بسعر السوق ما لم يقض الاتفاق أو العرف التجارى بغير ذلك أو يتبين من الظروف وجوب اعتماد سعر آخر.

١٧ـ ب ـ تحديد المقصود بسعر السوق:

قد يتفق المتعاقدان على أن يكون الثمن هو سعر السوق، وقد يلزم اعتماد سعر السوق؛ نظراً لأن العقد قد أغفل ذكر الثمن، ولا يوجد تعامل سابق بين المتعاقدين. **وتبديداً لأى خلاف حول تحديد المقصود بسعر السوق يمكن أن يقوض الاتفاق برمته**، تدخل المشرع التجارى فى المادة ٢/٨٩، وقرر أن العبرة بمتوسط سعر السوق فى الزمان والمكان اللذين حدث فيهما العقد. وإذا تعدد سعر السوق، فالعبرة بالسعر الوسط.

وبهذا يختلف القانون التجارى عن القانون المدنى[١] الذى يقرر أن الثمن هو سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشترى[٢]. ولا يتطابق بالضرورة مكان البيع وزمانه مع مكان التسليم وزمانه، على الرغم من أن وقت التسليم بحسب الأصل يكون فور انعقاد العقد[٣]. بيد أنه يجوز الاتفاق على تأجيل ميعاد التسليم إلى وقت لاحق لانعقاد العقد، وبهذا يختلف زمان العقد عن ميعاد التسليم، وقد يختلف سعر السوق ما بين الزمانين. وفى القانون المدنى يكون سعر السوق فى هذه الحالة هو سعر السوق وقت التسليم، وليس وقت العقد، وذلك على خلاف المقرر فى القانون التجارى الذى يعتد بوقت العقد[٤].

ويظهر الخلاف أيضاً فيما يتعلق بمكان البيع ومكان التسليم. فالأصل فى القانون المدنى أن يتم تسليم المبيع فى مكان وجوده وقت العقد وبذلك قد يختلف مكان البيع عن مكان التسليم، فمكان البيع يكون مجلس العقد أو اتصال القبول

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩
(٢) المادة ٤٢٣/ ٢ من القانون المدنى.
(٣) المادة ٣٤٦/ ١ من القانون المدنى.
(٤) د. حسام الأهوانى، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٢٢٩؛ د. على سيد قاسم، قانون الاعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٣٣.

بعلم الموجب، أما مكان تسليم المبيع فهو مكان وجوده.، وبهذا قد يختلف مكان البيع عن مكان التسليم[1].

وفضل المشرع التجارى الاعتداد بمكان البيع وزمانه بوصفه الأقرب إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، حيث يرتبط القبول بالثمن السائد وقت التعاقد، فليس من المعتاد أن يتبايع الناس على سعرٍ مستقبلى غيرِ معلوم[2]. وقد تأثر فى هذا باتفاقية فيينا ١٩٨٠ التى تقرر اعتماد الثمن الذى يطلب وقت إبرام العقد فى تجارة من النوع نفسه لبضاعة مماثلة للبضاعة محل البيع إذا بيعت فى ظروف مماثلة، هذا إذا لم يتبين اتجاه قصد المتعاقدين إلى خلاف ذلك[3].

ويرى البعض أن تطبيق معيار (سعر السوق) للوصول إلى ثمن الشئ المبيع يكون متعذراً إذا كانت طبيعتها لا تقبل مثل هذا السعر، كالتحف واللوحات الفنية والتماثيل؛ ولذا لا مفر من القول بأن العقد لم ينعقد لتخلف ركن الثمن[4]. ولا يجوز القول بإسناد مهمة تعيين الثمن – فى هذه الحالة – إلى القضاء، فسلطة القاضى تنحصر فقط فى التثبت من سعر السوق[5].

وإذا كانت المادة ٥٥ من اتفاقية فيينا تأخذ بسعر السوق ما لم يتبين اتجاه قصد المتعاقدين إلى خلاف ذلك، فإن القانون التجارى يعتد بسعر السوق إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف التجارى بغير ذلك أو تبين من الظروف وجوب اعتماد سعر آخر.

١٨ـ جـ ـ تقدير الثمن على أساس الوزن:

يتفق المتعاقدان أحياناً على ربط الثمن بوزن المبيع، وهنا يثار الخلاف حول المقصود بالوزن: هل هو الوزن الإجمالى الذى يشمل المبيع مغلفاً، أو الوزن الصافى منقوصاً منه وزن التغليف أو وزن آخر؟ وهو تساؤل مهم يتعين

---

(١) د. حسام الأهوانى، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

(٢) د. حسام الأهوانى، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

(٣) المادة ٥٥ من اتفاقية فيينا للبيع الدولى للبضائع ١٩٨٠.

(٤) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، المرجع السابق، ص ١٩٦.

(٥) Heuzé(v,) op. cit., p. 266, n° 352.

الإجابة عنه، حتى يمكن تحديد الثمن، **وإلا اصطدم المتعاقدان بعقبة شديدة قد تفضي إلى انهيار العقد.**

ومن ثم تدخلت المادة ٩١ من قانون التجارة بحكم خاص لهذه الحالة يقضي بأنه إذا كان الثمن مقدراً على أساس الوزن، فالعبرة بالوزن الصافي، إلا إذا اتفق أو جرى العرف على غير ذلك، وهو حكم يتفق مع نية المتعاقدين، ومع مقتضيات العدالة؛ لأن التغليف لا يكون بقيمة الشئ المبيع نفسها، ويفوت على البائع المبالغة في التغليف جرياً وراء زيادة الثمن[1]. وحكم المادة ٩١ مقتبس من المادة ٥٦ من اتفاقية فيينا ١٩٨٠.

١٩ـ د ـ تفويض شخص من الغير في تحديد الثمن:

قد يتفق المتبايعان على إسناد تحديد الثمن لشخص من الغير، وهذا الغير وكيل عن الطرفين مفوض منهما في تحديد الثمن، وهذا التحديد ليس عملاً مادياً، بل هو جزء لا يتجزأ من التصرف القانوني، أي البيع، ويصبح ما يقدره الوكيل المفوض من ثمن للمبيع جزءاً متمماً للعقد وملزماً للطرفين. ويلتزم الوكيل بأن يتصرف بأمانة وأن يراعي قواعد الحيدة[2].

وقد قضى بأنه إذا تنحى الغير الذى عينه المتبايعان أو حال مانع دون قيامه بمهمته، فإن البيع يعد باطلاً[3]، وبأنه إذا اكتفى الطرفان، عند تحديد الثمن، بالإحالة إلى ما يقرره المفوض، دون تحديد لأساليب اختياره، فإنه لا يجوز للقضاء الحلول محل الأطراف في القيام بالاختيار، ويعد البيع باطلاً[4]، وأن هذا البطلان بطلان مطلق يجوز أن يتمسك به الجميع[5]. كما ذهب القضاء إلى أنه إذا اتفق الطرفان على أن يختار كل منهما خبيراً، وتقاعس أحدهما، فإن البيع لا ينعقد؛ لأن الثمن لم يعد قابلاً للتقدير، وإن كان هذا البطلان لا يحول

---

(١) د. حسام الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٢٤٣.

(٢) Bénabent (A.), Droit civil, Les Contrats spéciaux civils et Commerciaux, op.cit., p. 30, n° 54.

(٣) Cass. Civ. 16 Mai 1984, Bull. Civ, I, n° 164.

(٤) Cass. Civ. 25 Avril 1952, D. 1952. 635.

(٥) Cass. Com. 11 Juin 1981, Bull. Civ, IV, n° 269.

دون انعقاد مسئولية الطرف المتقاعس عن القيام بدوره فى تعيين الثمن[١]. ويرفض القضاء الفرنسى أن يتولى بنفسه تعيين الوكيل المفوض إلا إذا أسند إليه الأطراف هذه المهمة[٢].

وتفادياً للمشكلات القانونية التى يثيرها تعيين الثمن بمعرفة أجنبى عن المتبايعين والتى قد تؤدى لبطلان العقد بطلاناً مطلقاً[٣]، **تدخلت المادة ٩٠ برصد الأحكام القانونية التى تهدف إلى إنقاذ العقد من البطلان.** فتقرر هذه المادة أنه يجوز تفويض الغير فى تحديد ثمن المبيع. فإذا لم يقم بالتحديد فى الميعاد المحدد له أو فى الميعاد المناسب عند عدم التحديد، وجب اعتماد السعر المتداول فى السوق فى الزمان والمكان اللذين تم فيهما العقد ما لم يتبين من الظروف أو من عرف التجارة وجوب اعتماد سعر آخر.

وينتقد البعض الحل الذى جاء فى المادة ٩٠ من قانون التجارة ؛ لأنه يتعارض مع إرادة الطرفين التى اتجهت إلى تفويض شخص معين دون غيره فى تحديد الثمن[٤]. ونعتقد أن هذا الرأى لا يمكن قبوله إلا إذا ظهر من إرادة الطرفين الصريحة أو الضمنية ما يفيد عدم جواز تعيين الثمن بأى طريقة أخرى خلاف طريقة التفويض.

---

(١) Cass. Civ. 24 Nov. 1965, J. C. P. 1966, II. 1402.

(٢) Cass. Com. 26 Juin 1990, Bull. Civ. IV, n° 197.

(٣) د. على سيد قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٣٣ ر٣٤.

(٤) د. حسام الأهوانى، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٢٣٥ ، وكان ذلك في معرض تعليقه على المادة ١٢٥ من القانون التجارى الكويتى.

الفصل الثانى
مظاهر إنقاذ العقد والتزامات البائع

٢٠ ـ الالتزام بالتسليم جوهر البيع:

يرتب عقد البيع على عاتق البائع التزامات أربعة رئيسية هى: الالتزام بنقل ملكية المبيع إلى المشترى والالتزام بتسليم المبيع له والالتزام بضمان التعرض والاستحقاق وأخيراً الالتزام بضمان العيوب الخفية[١].

ويعد الالتزام بالتسليم أهم التزامات البائع على الإطلاق، وهو جوهر البيع؛ لأسباب عديدة من بينها: **أولاً**: أن مباشرة المشترى لكل حقوقه التى يخولها له عقد البيع ترتبط بتسليم المبيع له. **ثانياً**: أن تبعة هلاك المبيع ترتبط بالتسليم. **ثالثاً**: أن الملكية تنتقل بمجرد العقد وقبل التسليم، ومع ذلك فإن استبقاء المبيع بين يدى البائع قد يمكنه من بيعه مرة ثانية إلى مشترٍ آخر[٢].

ومن ثم حرص المشرع التجارى على التصدى للمشكلات المتصلة بوفاء البائع بهذا الالتزام التى يكون من شأنها تقويض البيع التجارى وانهياره، وهو ما نعالجه من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: إنقاذ العقد والوفاء بالالتزام بالتسليم.

المبحث الثانى: إنقاذ العقد والإخلال بالالتزام بالتسليم.

---

(١) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط في شرح القانون المدنى، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٣٤٩.
بالإضافة إلى هذه الالتزامات الأساسية، تترتب التزامات أخرى على عاتق البائع، مثل الالتزام بالإعلام والنصح وغيرهما.

(٢) د. حسام الأهوانى، عقد البيع في القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٣٣٧ و ٣٣٨.

المبحث الأول

إنفاذ العقد والوفاء بالالتزام بالتسليم

٢١ ـ مسألتان: كيفية التسليم وانتقال التبعة بصفته أثرًا للتسليم:

يقصد بالتسليم وضع المبيع تحت تصرف المشترى، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستول عليه استيلاءً ماديًا ما دام البائع قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع (م٤٣٥/١ مدنى).

ويثير الوفاء بالالتزام بالتسليم فى البيع التجارى طائفتين من المسائل نظمهما قانون التجارة تتعلق أولاهما بكيفية الوفاء بالالتزام (المطلب الأول) وتتصل الثانية بانتقال تبعة الهلاك إلى المشترى عند الوفاء بالالتزام (المطلب الثانى).

المطلب الأول

إنفاذ العقد وكيفية التسليم

٢٢ ـ ميعاد التسليم:

كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى يشتمل فى المادة ٥٧٨ على حكم يعين زمان تسليم المبيع. وقد حذفت هذه المادة؛ لأنها تعد ترديداً للمادة ٣٤٦ من القانون التى تحدد موعد الوفاء بالالتزام عامة[1].

وقد حرص المشرع التجارى على تفادى المشكلات المتعلقة بتحديد موعد تسليم البضاعة فى البيوع التجارية، لا سيما أنها تتمتع بخصائص متفردة قد لا تنسجم مع أحكام المادة ٣٤٦ مدنى؛ لذا نصت المادة ٩٣ / ١ من قانون التجارة على أنه

---

(١) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط في شرح القانون المدنى، الجزء الرابع، العقود التى تقع على الملكية، المرجع السابق، ص ٥١٩، وتنص المادة ٤٣٦ مدنى على أنه:
١ - يجب أن يتم الوفاء فورًا بمجرد ترتب الالتزام نهائيًا فى ذمة المدين، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك.

"إذا لم يحدد ميعاد للتسليم، وجب أن يتم التسليم بمجرد إبرام العقد ما لم تستلزم طبيعة المبيع أو يقضى العرف بتحديد ميعاد آخر".

وتنظم المادة ٥٣ من قانون التجارة الواردة فى الباب الثانى والمتعلقة بالالتزامات والعقود التجارية أحكام تحديد ميعاد التسليم إذا كان محل الالتزام التجارى تسليم شئ، وهى قواعد لم ترد فى باب البيع التجارى، ولكنها صالحة للتطبيق عليه. وتقضى المادة ٥٣ بأنه إذا اتفق على أن يكون تسليم المبيع خلال موسم معين أو فصل من فصول السنة، فيلزم الرجوع إلى العرف السائد فى مكان التسليم؛ لتعيين الوقت الذى يجب أن يتم التسليم فيه. فإذا لم يوجد عرف، وجب أن يكون التسليم فى وقت مناسب قبل نهاية الموسم أو الفصل.

وقد يتفق طرفا العقد على منح المشترى مكنة تحديد ميعاد التسليم، فيتعين على البائع - إعمالاً للمادة ٩٣/ ٢ من قانون التجارة - التقيد بالميعاد الذى يعينه المشترى، على أن تراعى المدة التى تستلزمها طبيعة المبيع؛ لإعداده للتسليم."والبائع هنا لا يستفيد من أى أجل للتسليم، وإنما يلتزم التزاماً حالاً بالوفاء، ولكن للمشترى أن يحدد لحظة تسلمه للمبيع. فالبائع يلتزم بالتسليم فور طلب المشترى، والأخير هو الذى يستقل بتحديد وقت تسلمه للمبيع. فالأجل للتسلم وليس للتسليم. فالبيع يكون بشرط التسليم تحت الطلب، وليس هناك أى أجل لمصلحة البائع"[1].

وقد حرص المشرع على إزالة أى خلاف قد يثار فى حالة طلب المشترى التسليم الفورى دون ترك فسحة من الوقت للبائع، فقرر أن المدة التى يحددها المشترى لتسليم المبيع يجب أن تراعى طبيعة المبيع، فلو كان البيع وارداً على شئ مستقبل، فإن التسليم يتعين أن يتأخر لحين تصنيعه أو إعداده[2].

---

(١) د. حسام الأهوانى، عقد البيع في القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٣٨٤.
(٢) د. حسام الأهوانى، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٣٨٤، د. على سيد قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٢٣.

٢٣ـ موضوع التسليم:

إذا وجد بالمبيع نقص أو تلف، وكان هناك اتفاق خاص بين المتعاقدين ينظم هذه الحالة، وجب إعمال الاتفاق. وعند غياب هذا الاتفاق، تسرى أحكام العرف التجارى فى تحديد النقص والتلف الذى يجوز التسامح فيه(١). **وقد حرص المشرع على تقنين القاعدة السابقة فى المادة ٩٥ من قانون التجارة؛ بفرض درء مسئولية البائع فى مواجهة المشترى الذى يرغب فى التعويض أو رفض البضاعة** وتقرر المادة سالفة الذكر أنه "لا يعتد عند تسليم المبيع بما يطرأ عليه من نقص أو تلف يقضى العرف بالتسامح فيه".

٢٤ ـ مصاريف التسليم:

يخلو القانون المدنى من قواعد تحدد الطرف الذى يتحمل مصروفات تسليم الشئ المبيع واستلامه، بيد أن المادة ٣٤٨ مدنى تقضى بأن "تكون نفقات الوفاء على المدين، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بذلك". ووفقاً لهذه القاعدة يتحمل البائع ـ وهو المدين بالتسليم ـ نفقات هذا التسليم. ويدخل فى هذه النفقات مصروفات الوزن والمقاس والكيل والعد ونفقات حزم البيع ونقله إلى مكان التسليم ... إلخ. ويتحمل المشترى ـ وهو المدين بالتسلم ـ نفقات هذا التسلم، كمصروفات نقل المبيع من مكان التسليم إلى الجهة التى يريدها المشترى ورسوم المرور والترانزيت ... إلخ.

ودفعاً لأى خلاف يثار حول تحديد الطرف الذى يتحمل نفقات تسليم المبيع فى غير المكان المعين لتنفيذ البيع، فإن المادة ٩٤/ ٢ تلقى هذا العبء على عاتق المشترى، ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك.

---

(١) عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٤٩٥ و٤٩٦.

المطلب الثانى
الإنقاذ وانتقال تبعة الهلاك بالتسليم

٢٥ ـ الخلاف حول تفسير المادة ٩٤ من التقنين التجارى السابق:

يربط القانون المدنى المصرى بين تسليم المبيع وتبعة الهلاك، بصرف النظر عن وقت انتقال الملكية، فنصت المادة ٤٣٧ مدنى على أنه "إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع، واسترد المشترى الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى لتسليم المبيع"، والأصل أن هذه القاعدة تسرى على البيوع التجارية، كما تسرى على البيوع المدنية[١].

وكان التقنين التجارى الملغى ينص فى المادة ٩٤ على أن "البضائع التى تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرها فى الطريق على من يملكها ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك"، وهى تقابل المادة ١٠٠ من القانون التجارى الفرنسى، وتنظم هذه المادة تبعة هلاك البضائع أثناء الطريق، ولا علاقة لها بالبضائع الموجودة بمخازن البائع ولا بالبضائع التى سلمت للمشترى، حيث تقع تبعة الهلاك على عاتق البائع فى الحالة الأولى، وعلى عاتق المشترى فى الحالة الثانية. أما إذا هلكت البضائع أثناء الطريق فتكون تبعة الهلاك على المالك ما لم يوجد اتفاق يقضى بعكس ذلك[٢].

وقد أثار حكم المادة ٩٤ لبساً فى الفقه فى مدى اعتباره خروجاً على حكم المادة ٤٣٧ مدنى، فذهب البعض[٣] إلى أن حكم المادة ٩٤ تجارى يعد شذوذاً على القواعد العامة فى القانون المدنى التى تجعل تبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم، ومما يؤكد ذلك أن هذه المادة منقولة حرفياً من المادة ١٠٠ من القانون

---

(١) على حسن يونس، العقود التجارية، دار الفكر العربى، ١٩٦٢، ص ٣٧.

(٢) د. حسنى المصرى، العقود التجارية فى القانون الكويتى والمصرى والمقارن، المرجع السابق، ص ٦٩.

(٣) د. كمال أبو سريع، القانون التجارى، العقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠، ص ١٨ ؛ د. رضا عبيد، القانون التجارى، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٢٣ مشار إليهما فى حسنى المصرى، العقود التجارية فى القانون الكويتى والمصرى والمقارن، المرجع السابق، ص ٦٩.

التجارى الفرنسى التى تجعل تبعة هلاك البضاعة على المالك أثناء الطريق؛ تطبيقاً للقاعدة العامة فى القانون الفرنسى، فى حين اتجه آخرون إلى القول بأن خروج البضائع من مخزن البائع فى الطريق إلى المشترى يفترض تسليم البضائع إلى أمين النقل الذى يحوزها أثناء نقلها لحساب صاحب الحق فيها وهو المشترى، بحيث يكون تسليم البضائع لأمين النقل بمنزلة تسليمها للمشترى، ويكون التسليم قد اقترن بنقل الملكية. فإذا كانت المادة ٩٤ قد ألقت بتبعة الهلاك على مالك البضاعة، فلا شك أنها قد أدخلت فى الحسبان واقعة تسليم البضاعة للمشترى، وبذلك لا تكون خروجاً على القواعد العامة. ويرى قسم من الرأى الأخير[١] أن المشرع أقام بمقتضى المادة ٩٤ قرينة قانونية على استلام المشترى للبضائع بمجرد خروجها من مخازن البائع أو المرسل، ومن ثم يتحمل تبعة الهلاك من هذه اللحظة، غير أن هذه القرينة تعد بسيطة يجوز للمشترى هدمها بإثبات عدم استلامه البضائع، برغم خروجها من مخازن البائع أو المرسل. وهذا حل لا يسمح به الرأى الأول الذى يرى فى المادة ٩٤ استثناء من القواعد العامة. **وفى ظل هذا الخلاف كان منطقياً أن يتدخل القانون التجارى الجديد بحلول تتفادى هذه المشكلة**، وهو ما يبين فى البند التالى.

٢٦ ـ انتقال التبعة فى قانون التجارة:

تقضى المادة ٩٤/ ١ من قانون التجارة الحالى بأنه "إذا قام البائع – بناء على طلب المشترى – بارسال المبيع إلى غير المكان المعين لتسليمه، كانت تبعة الهلاك على المشترى من وقت تسليم المبيع إلى من يتولى نقله، إلا إذا اتفق أو نص القانون على غير ذلك". فالأصل أن يسلم البائع المبيع فى المكان المتفق عليه للمشترى أو من يفوضه فى ذلك. وفى هذه الحالة تنتقل التبعة من لحظة التسليم للمشترى، طبقاً للقواعد العامة. وإذا اتفق بعد إبرام العقد على إرسال المبيع إلى غير المكان المعين فى العقد لتسليمه، كانت تبعة الهلاك على المشترى من وقت تسليم المبيع إلى من يتولى نقله.

---

(١) انظر فى عرض هذا الاتجاه ومراجعه: د. حسنى المصرى، العقود التجارية فى القانون الكويتى والمصرى والمقارن، المرجع السابق، ص ٦٩ و٧٠.

ويشترط لتطبيق حكم المادة ٩٤/ ١ عدة شروط: **الأول**: أن يحدث تعديل للعقد، بناء على طلب المشترى، يتفق فيه الطرفان على تسليم المبيع فى غير المكان المتفق على التسليم فيه بمقتضى العقد[١]. **الثانى**: أن يتطلب هذا التسليم نقل المبيع بواسطة أحد الناقلين. **الثالث**: أن تخلو نصوص الاتفاق والقانون من تحديد الطرف الذى يتحمل تبعة هلاك المبيع.

وفى هذه الحالة، وخلافاً للمادة ٩٤ من القانون التجارى الملغى التى تربط تبعة الهلاك بالملكية فى مرحلة النقل بعبارة غامضة، فإن المادة ٩٤ من قانون التجارة الحالى ألقت على وجه قاطع بتبعة الهلاك على المشترى. والمشرع بهذا أراد أن يخلص البائع من تبعة الهلاك فى الطريق، فبدلاً من أن يبقى متحملاً لها إلى حين تسليم المبيع إلى المشترى فى مكان التسليم الجديد، قرر أن تنتقل تبعة الهلاك إلى المشترى، بمجرد تسليم المبيع إلى الناقل، فالتسليم للأخير يعد فى حكم التسليم للمشترى[٢].

وإذا خالف البائع تعليمات المشترى الصادرة له بشأن النقل دون ضرورة لذلك، كان مسئولاً عما يلحق المبيع من ضرر نتيجة لهذا (م ٩٤/ ٣ تجارى). ومن أمثلة هذه المخالفات، نقل البضائع بمعرفة ناقل لم يحدده المشترى دون ضرورة تبيح ذلك[٣]. فى هذه الحالة يكون الجزاء تحمل البائع المسئولية عن الأضرار التى تلحق بالمبيع، تطبيقاً للقواعد العامة فى المسئولية.

ويتشابه نص المادة ٩٤/ ١ مع الأحكام المقررة فى المادة ٦٧ من اتفاقية فيينا ١٩٨٠ التى تنظم انتقال التبعة أثناء النقل، ومع ذلك فثمة فروق بينهما، وهو ما نعالجه فى الموضع التالى.

---

(١) د. عبد الفضيل محمد أحمد، الإفلاس والعقود التجارية طبقاً لأحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٣١٣.

(٢) د. عبد الفضيل محمد أحمد، المرجع السابق، ص ٣١٣.

(٣) د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنه ١٩٩٩، المرجع السابق، ص ٣٦٢.

٢٧ـ انتقال التبعة أثناء النقل فى اتفاقية فيينا ١٩٨٠:

تقضى المادة ١/٦٧ من اتفاقية فيينا بأنه "إذا تضمن عقد البيع نقل البضائع، ولم يكن البائع ملزماً بنقل حيازتها فى مكان معين، فإن تبعة الهلاك تنتقل إلى المشترى بنقل حيازة البضاعة إلى أول ناقل؛ بغرض إرسالها إلى المشترى، طبقاً لما ينص عليه عقد البيع".

ولا يتعلق هذا النص بالحالة التى تسلم فيها البضاعة مباشرة إلى المشترى، وإنما ينظم حالة نقل حيازة البضاعة إلى الناقل؛ بقصد إرسالها إلى المشترى. وتنتقل التبعة إلى المشترى فى هذا الفرض عند نقل حيازة البضاعة إلى أول ناقل. ولا يسرى هذا الحكم إذا نقل البائع البضاعة إلى المشترى بوسائل نقل خاصة تابعة للبائع[1].

وتختلف اتفاقية فيينا هنا عن قانون التجارة فى العديد من المسائل، من بينها: **أولاً**: أن المشرع التجارى لم يتطلب نقل الحيازة للناقل، واكتفى بتسليمها إليه، وهو مفهوم أوسع نطاقاً من الحيازة. **ثانياً**: أن المشرع التجارى يتطلب أيضاً أن يكون هناك تعديل للعقد يتغير بمقتضاه مكان التسليم، وهو ما يستدعى نقل البضائع للمشترى بواسطة أحد الناقلين. ونعتقد أن حكم هذه المادة يمتد ليشتمل - حالة اتفاق الأطراف بداءةً - على تسليم البائع الشئ المبيع لأحد الناقلين لنقله إلى المشترى، ما دام البائع كان غير ملزم بنقل حيازتها إلى المشترى فى مكان معين، وهو الأمر الذى نظمته اتفاقية فيينا على وجه أكثر دقة ووضوحاً. **ثالثاً**: لم يتحدث القانون التجارى سوى عن ناقل واحد، فى الوقت الذى تتكلم فيه الاتفاقية عن أول ناقل، بافتراض أن النقل ينفذه عدة ناقلين.

ولا يغير من الحكم المقرر فى اتفاقية فيينا بشأن انتقال التبعة إلى المشترى أن يتفق طرفا عقد بيع البضاعة على أن يحتفظ البائع بالمستندات الممثلة للبضاعة، حتى يوفى الثمن من المشترى، فانتقال التبعة مستقل عن نقل سند ملكيتها[2].

---

(١) د. محمود سمير الشرقاوى، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص ١٨٨.

(٢) المادة ١/٦٧، د. محمود سمير الشرقاوى، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص ١٩٠.

وترجع الحكمة من القاعدة السابقة إلى أن ملكية البضاعة فى بعض التشريعات – كالقانون الإنجليزى – لا تنتقل إلى المشترى إلا بتسليم المستندات الممثلة لها، وهو ما يثير الشك فى انتقال التبعة إلى الأخير إذا احتفظ البائع بالمستندات؛ لذا رصدت الاتفاقية الحكم السابق تبديداً للخلافات التى يمكن أن تثار فى هذه الحالة. ولا يوجد فى قانون التجارة نص مماثل؛ لأن القانون المصرى لا يربط بين الملكية والمستندات الممثله للمبيع[1].

وتشترط الاتفاقية، بمقتضى المادة ٢/٦٧، لانتقال التبعة إلى المشترى أن تكون البضاعة محل البيع معينة بشكل واضح[2].

المبحث الثانى

إنقاذ العقد والإخلال بالالتزام بالتسليم

٢٨ـ الإفادة من العقد بدلاً من هدمه:

حرص المشرع التجارى على استحداث جزاءات مدنية تترتب عند إخلال أحد الطرفين بالتزاماته، تؤدى إلى الإفادة من العقد والوصول إلى الهدف من إبرامه. وبعضها يعد تطويراً وتقنيناً لعرف تجارى قائم.

وتتجسد هذه الجزاءات المدنية فى ثلاث طوائف: **الأولى**: تتمثل فى التنفيذ على نفقة المدين بديلاً عن الفسخ، أو يعرف بمكنة الاستبدال، **الثانية**: تتجسد فى الإقرار بتجزئة الفسخ فى حالة عقد البيع على دفعات، فلا يقع الفسخ إلا جزئياً بالنسبة للدفعة التى وقع الإخلال بشأنها والدفعات المستقبلية فقط، **الثالثة**: تتعلق بإنقاص الثمن فى حالة نقص الشئ المبيع وزيادته فى حالة زيادة الشئ المبيع.

ويتطلب إلقاء الضوء على هذه الجزاءات فى قانون التجارة تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، على النحو التالى:

---

(١) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، المرجع السابق، ص ٢١٣.

(٢) المادة ٦٧/ ٢، د. محمود سمير الشرقاوى، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص ١٩٠.

المطلب الأول: إنقاذ العقد وحق المشترى فى الاستبدال.

المطلب الثانى: إنقاذ العقد وتجزئة التسليم على دفعات.

المطلب الثالث: إنقاذ العقد بين إنقاص الثمن وزيادته.

المطلب الأول

إنقاذ العقد وحق المشترى فى الاستبدال

٢٩ـ التنفيذ على نفقة المدين بديلاً عن الفسخ:

إذا لم يسلم البائع المبيع، فإن القواعد العامة تجيز للمشترى أن يشترى البضائع التى امتنع البائع عن تسليمها، ويكون ذلك على نفقة البائع. ويجب فى غير حالة الاستعجال الحصول على إذن من المحكمة بالشراء، أما عند الاستعجال، فيجوز الشراء دون إذن على نفقة البائع. ويجب فى جميع الأحوال إعذار البائع بالتنفيذ، طبقًا للقواعد العامة، وعدم التراخى فى الإعذار حتى لا يستفاد من ذلك النزول عن طلب التنفيذ العينى، ولا يجوز التنفيذ على نفقة المدين إلا بعد فوات المدة المحددة فى الإعذار للتنفيذ العينى الاختيارى[١]. وهذه القاعدة تجد أساسها فى المادة ٢٠٩ من القانون المدنى المصرى[٢].

---

(١) د. حسام الأهوانى، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٤٣١؛ د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٥٢٩. ويرى الدكتور/ أكثم الخولى أن التنفيذ من الغير على حساب المدين على اختلاف صوره ليس تنفيذاً عينياً للالتزام، بل هو تعويض عينى عن عدم تنفيذه. وفكرة التعويض العينى هى التى تفسر قواعد الاستبدال، سواء أكانت من حيث شروط قيامه أم من حيث آثاره. د. أكثم الخولى، دروس فى القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٢٧.
ويرى الدكتور/ محمود سمير الشرقاوى أن مكنة الاستبدال تعتبر جزاءً خاصاً لإخلال البائع بتنفيذ التزامه بالتسليم، وهى صورة من صور الجزاء التى يفرضها العرف التجارى. ولا يغير من ذلك أن يجد الجزاء أساسه فى المادة ٢٠٥ مدنى مصرى المتعلقة بالتنفيذ العينى، إذ إن شروط استعمال هذه المكنة يحددها العرف التجارى وحده.
د. محمود سمير الشرقاوى، الالتزام بالتسليم فى عقد بيع البضائع، المرجع السابق، ص ٦٤.

(٢) د. على سيد قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص٢٨؛ د.عبدالفضيل محمد أحمد، الإفلاس والعقود التجارية طبقاً لأحكام القانون رقم ١٧ لسنه ١٩٩٩، المرجع السابق، ص٣١٦.

وفى البيوع التجارية يجرى العرف على اتباع قواعد يسيرة وعلى إعفاء المشترى من الحصول على ترخيص من القضاء؛ لشراء البضائع التى امتنع البائع عن تسليمها من السوق. ويتوقف قرار المشترى بطلب فسخ البيع أو التنفيذ العينى - من خلال التنفيذ على نفقة المدين - على حالة الأسعار فى الأسواق، فإذا امتنع البائع عن تسليم البضاعة فى وقت كانت فيه أسعارها قد ارتفعت فى الأسواق، فإن المشترى يفضل بلا شك التنفيذ العينى، وعلى العكس من ذلك، إذا انخفضت أسعار البضاعة، فإن مصلحة المشترى تكون فى الفسخ[1].

والتنفيذ على نفقة المدين فى البيوع التجارية - وهو ما يطلق عليه مكنة الاستبدال Faculté de remplacment[2] - هو آلية تحقق مصلحة المشترى فى حالة تخلف البائع عن التسليم؛ لأنها تمكنه من الحصول على المبيع المماثل فوراً ودون انتظار لإجراءات قضائية تتسم بالتعقيد والبطء، بالإضافة إلى العبء المالى. وفوق ذلك، فإن تلك الآلية توفر على المشترى مشاكل تقدير قيمة التعويض فى حالة التنفيذ بطريق التعويض، وتحميه من الآثار السلبية للفسخ. ولا يعنى ذلك التضحية بمصلحة البائع، إذ تحمى الرقابة القضائية اللاحقة الأخير من تعسف المشترى، كما أن المسارعة بالتنفيذ من شأنها أن توقف تفاقم الضرر الذى يصيب المشترى، ويلتزم البائع بجبره[3].

وقد قننت المادة ٩٦ من قانون التجارة العرف التجارى المنظم لمكنة الاستبدال وطورته، أى حق المشترى دون الرجوع إلى القضاء فى شراء بضائع مماثلة لما اتفق عليه والرجوع على البائع بالفرق بين ثمن العقد وثمن الاستبدال، وهو جزاء خاص يتمكن المشترى بمقتضاه من تنفيذ العقد، دون بطء أو تعقيد، على نحو يصل به إلى الهدف من إبرامه، كما لو كان البائع نفذه طوعاً واختياراً.

---

(١) د. على يونس، العقود التجارية، المرجع السابق، ص ٢٧.

(٢) Plantamp (Didier), Le Particularisme du remplacement dans La Vente Commercial, Rec. Dalloz 2000. p. 243.

(٣) د. حسام الأهوانى، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٤٣١.

تنص المادة سالفة الذكر على أنه " إذا لم يقم البائع بتسليم المبيع فى الميعاد المحدد فى العقد، فللمشترى أن يخطره بالتنفيذ خلال مدة مناسبة يحددها، فإذا لم يسلم المبيع خلال تلك المدة، جاز للمشترى أن يحصل على شئ مماثل للمبيع على حساب البائع وأن يطالبه بالفرق بين الثمن المتفق عليه ومادفعه بحسن نية؛ للحصول على ذلك الشئ، وإذا كان للمبيع سعر معلوم فى السوق، جاز للمشترى – وإن لم يشتر فعلاً شيئاً مماثلاً له – أن يطالب البائع بالفرق بين الثمن المتفق عليه وسعر السوق فى اليوم المحدد للتسليم، وللمشترى بدلاً من ذلك أن يخطر البائع بأن عدم التسليم خلال المدة المعينة فى الإخطار يترتب عليه اعتبار العقد مفسوخاً، وله فى هذه الحالة أن يطلب التعويض، إن كان له مقتض".

ويتعين لاستعمال حق الاستبدال أن يكون عدم تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم نهائياً ومحققاً[1]، وهو لا يعتبر كذلك إلا إذا قام المشترى بإعذار البائع بتسليم المبيع خلال مدة مناسبة يحددها، فإذا لم يسلم البائع المبيع خلال تلك المدة، جاز للمشترى أن يحصل على شئ مماثل للمبيع على حساب البائع.

وفى ظل العرف التجارى المستقر كان الرأى على جواز أن يخلو إخطار البائع بالتنفيذ من تحديد مدة مناسبة للقيام بذلك، وفى هذه الحالة يترك للقضاء تحديد الوقت الذى يعتبر فيه عدم التنفيذ نهائياً يجيز الاستبدال[2]. أما القانون التجارى فألزم المشترى بتحديد مدة مناسبة للبائع؛ لتنفيذ التزامه. فإذا خلا الإخطار من تحديدها، فنعتقد أن هذا الإخطار لا يعتد به شرطاً لمباشرة مكنة الاستبدال.

فإذا توفرت الشروط السابقة، جاز للمشترى أن يحصل على شئ مماثل للمبيع على حساب البائع، وأن يطالبه بالفرق بين الثمن المتفق عليه وما دفعه بحسن نية؛ للحصول على ذلك الشئ. وينبغى على المشترى أن يسارع إلى شراء البضائع المماثلة، فلا يتأخر حتى ترتفع أسعارها ارتفاعاً كبيراً[3]. وقد جرى الفقه

---

(١) د. أكثم الخولى، دروس فى القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٢٥.
(٢) أكثم الخولى، دروس فى القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٢٥.
(٣) د. على سيد قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٢٧.

والقضاء ـ قبل تطبيق قانون التجارة الحالي ـ على ضرورة الاعتداد بلحظة معينة وعدم ترك الأمر للمشترى، وتتردد المحاكم في هذه اللحظة بين الاعتداد بثمن البضاعة في اليوم المحدد للتسليم وثمنها يوم الإعذار أو متوسط الثمن، خلال الفترة المقررة للتسليم، وتذهب أحكام أخرى إلى أن العبرة بلحظة رفع الدعوى، على أساس أن المشترى يطلب في هذا التاريخ تعويض الضرر الناشئ عن عدم التنفيذ[١]. ولم يلزم القانون التجارى المشترى بالشراء في لحظة معينة مادام الثمن الذى دفعه في السلعة كان بحسن نية.

وتجيز المادة ٩٦ من قانون التجارة للمشترى، متى كان للمبيع سعر معلوم في السوق، وإن لم يشتر فعلاً أن يطالب البائع بالفرق بين الثمن المتفق عليه في عقد البيع وسعر السوق في اليوم المعين للتسليم. ويمثل الفارق تعويضاً[٢] للمشترى عن الأضرار التى لحقت به من إخلال البائع بالتسليم والمتمثلة في ارتفاع ثمن السلعة عن السعر المتفق عليه.

وإذا أراد المشترى فسخ العقد بديلاً عن الاستبدال، فيتعين عليه أن يضمن إعذار البائع بتسليم المبيع بأن التخلف عن التسليم يترتب عليه اعتبار العقد مفسوخاً، وله في هذه الحالة أن يطلب التعويض، إن كان له مقتضى. ويقترب الفسخ هنا بإرادة المشترى المنفردة من أحكام اتفاقية فيينا التى تأخذ بفكرة إعلان الفسخ من قبل الطرف الدائن بالالتزام، دون حكم قضائى أو وجود شرط فاسخ[٣].

ويبين من استعراض نص المادة ٩٦ من قانون التجارة أن المشرع قد اشترط لمباشرة المشترى حقه في التنفيذ على نفقة المدين أو الفسخ أن يكون عدم

---

(١) أكثم الخولي، دروس في القانون التجارى، ص ٢٦ ؛ حسام الأهوانى، عقد البيع في القانون المدنى الكويتي، المرجع السابق، ص ٤٣٣.

Ripert (G.) Roblot (R.), Traité de droit Commercial, Tome 2, 12 édition LGDJ n° 2536, P. 584.-

(٢) د. على حسن يونس، العقود التجارية، المرجع السابق، ١٩٦٢، ص ٢٨.

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للقانون التجارى، حيث تقرر أن الفسخ في هذه الحالة يكون حتمًا لا تملك المحكمة أية سلطة تقديرية نحوه.

التنفيذ نهائياً ومحققاً؛ حرصاً على إنقاذ العقد وحمايته من الانهيار؛ ولذلك استلزم ضرورة إعذار البائع بضرورة تنفيذ التزامه، وأن يترك له مدة مناسبة للقيام بذلك. وإذا كان المشترى راغباً فى الفسخ، فيجب أن يعلن إرادته تلك فى إعذار الوفاء بالالتزام. ومتى انقضت هذه المدة، فإن إنقاذ العقد يأخذ شكل الاستبدال المتاح للمشترى الذى يتمكن من خلاله من الحصول على حقوقه المالية المقررة بمقتضى العقد. وإذا كانت إرادة الطرفين تسير فى اتجاه التخلص من العقد، فإن فكرة الإنقاذ تفقد شروطها وأهدافها؛ لذا يحرص المشرع على مساعدة الأطراف للخروج منه سريعاً، وهو مايظهر جلياً من خلال الإقرار بحق المشترى فى فسخ العقد بإرادته المنفرده. ويحبذ الفقه موقف المشرع المصرى بإقرار حق المشترى فى الفسخ، إذ الحكمة تنتفى من تعطيل الثروة فى علاقة عقدية لاتحقق المرجو منها[1].

٢٩ـ مكرر ـ مكنه الاستبدال أثرا للفسخ فى اتفاقية فيينا وبديلا للفسخ فى قانون التجارة:

يكون من حق المشترى متى أخل البائع بأى من التزاماته المتولدة من عقد البيع أن يتمسك بالجزاءات المنصوص عليها فى المواد من ٤٦ إلى ٥٢ من اتفاقية فيينا، حيث تضمنت المواد من ٤٦ إلى ٥٠ الجزاءات الأصلية المقررة لصالحه، وهى التنفيذ العينى والفسخ وإنقاص الثمن. أما المادتان ٥١ و ٥٢ فتنظمان أحكام التمسك بالجزاءات فى بعض الحالات الخاصة، وهى: حالات عدم التنفيذ الجزئى لالتزامات البائع والتسليم المبتسر وتسليم كمية زائدة[2]. ويجوز

---

(١) د. محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، مجلة الحقوق، العدد الأول، ٢٠١٠، ص ٢٦٦.

(٢) د. محمود سمير الشرقاوى، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص ١٤٨ و ١٤٩؛ د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، المرجع السابق، ص ١٦٧ و ١٦٨.

للمشترى الإعراض عن الجزاءات الأصلية السابقة والاكتفاء بالمطالبة بالتعويض جزاءً وحيدًا عن الإخلال بالتنفيذ[1].

ولا يخل تطبيق الجزاءات الأصلية السابقة بحق المشترى فى المطالبة بالتعويض بصفته حقًا تكميليًا متى توافرت شروط استحقاقه، وحرصت الفقرة الثانية من المادة ٤٥ على إبراز هذه القاعدة بقولها: "لا يفقد المشترى حقه فى طلب التعويض إذا استعمل حقاً من حقوقه الأخرى فى الرجوع على البائع" وتنظم اتفاقية فيينا أحكام التعويض بوصفه جزاءً تكميلياً فى المواد من ٧٤ إلى ٧٧.

وتركت اتفاقية فيينا وسائل التنفيذ العينى للقانون الوطنى الواجب التنفيذ، فإذا لم يكن قانون المحكمة يسمح بأن تقضى بالتنفيذ العينى، فإنها تقضى بتطبيق الجزاءات الأخرى التى نصت عليها الاتفاقية، مثل التعويض[2]. ومع ذلك فإن المادة ٤٦ منها قد عرضت لوسيلتين من وسائل التنفيذ العينى يكون للمشترى أن يلجأ إلى إحداها عندما تتمثل مخالفة البائع فى الإخلال بالالتزام بمطابقة البضاعة للعقد، بأن يطلب المشترى من البائع تسليم بضاعة بديلة أو بإصلاح العيب[3].

---

(١) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، المرجع السابق، ص ١٧٠.
وتقضى المادة ٤٥ من اتفاقية فيينا بأنه: " ١- إذا لم ينفذ البائع التزاماً مما يرتبه عليه العقد أو هذه الاتفاقية، جاز للمشترى: (أ) أن يستعمل الحقوق المقررة فى المواد ٤٦ إلى ٥٢. (ب) أن يطلب التعويضات المنصوص عليها فى المواد ٧٤ إلى ٧٧، ٢ – لايفقد المشترى حقه فى طلب التعويضات إذا استعمل حقا من حقوقه الأخرى فى الرجوع على البائع. ٣- لايجوز للقاضى أو للمحكم أن يمنح البائع أى مهلة لتنفيذ التزاماته عندما يتمسك المشترى بأحد الجزاءات المقررة فى حالة مخالفة البائع للعقد".

(٢) د. محمود سمير الشرقاوى، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص ١٢٣.

(٣) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، المرجع السابق، ص ١٧٤و ١٧٥ ؛ د. محمود سمير الشرقاوى، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص ١٥٢و ١٥٣.

فإذا اختار المشترى سبيل التعويض، فإن الاتفاقية تتيح له اختيارين: **الأول**: الرجوع وفقاً للقواعد العامة بأن تكون طريقة تقدير التعويض على أساس الخسارة التى وقعت والكسب الذى فات، سواء أكانت المخالفة جوهرية أم غير جوهرية، فإن كانت الأولى، يستو عندئذ اختيار المشترى إعلان فسخ العقد أو الإبقاء عليه[1]. **الثانى**: الرجوع وفقاً لطريقة الصفقات البديلة، وهو شراء بضاعة بديلة من السوق ومطالبة البائع بفارق الثمن والتعويض عن الأضرار الأخرى. ويشترط لتطبيق تلك القاعدة أن يكون المشترى قد استعمل حقه فى الفسخ[2].

وبمقارنة اتفاقية فيينا بقانون التجارة المصرى بشأن الأحكام المنظمة لحق المشترى فى شراء بضاعة بديلة، إذا امتنع البائع عن الوفاء بالتزامه بالتسليم، يتبين أن قانون التجارة فى المادة ٩٦ قد نظم مكنة الاستبدال بوصفها صورة من صور التنفيذ على نفقة المدين بديلاً عن الفسخ، أما اتفاقية فيينا فقد أخذت بهذه المكنة ضمن أحكام التعويض الإضافى، فى المادتين ٧٥و ٧٦، واشترطت لاستعمالها أن يكون المشترى قد استعمل حقه فى الفسخ.

وتطبيقًا لذلك، تعطى اتفاقية فيينا للمشترى الذى فسخ العقد ثم استعمل مكنة الاستبدال واشترى بضاعة من السوق (صفقة بديلة) أن يرجع على البائع بالفارق بين سعر الاستبدال والسعر الوارد فى العقد، بالإضافة إلى أى تعويضات أخرى تكون مستحقة؛ لتغطية الأضرار، مثل التعويض عن فوات الفرصة (م ٧٥). وإذا فسخ العقد، وكان هناك سعر جار للبضاعة، جاز للمشترى إذا لم يشتر بضاعة بديلة أن يحصل على الفرق بين السعر المحدد فى

---

(١) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولى للبضائع، المرجع السابق، ص ٢٤١.

(٢) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولى للبضائع، المرجع السابق، ص ٢٤١.

العقد والسعر الجارى وقت الفسخ، فضلاً عن حقه فى طلب تعويض كل خسارة أخرى (م ٧٦).

وقاعدة التعويض على أساس الصفقات البديلة توفرها اتفاقية فيينا ليس فقط للمشترى، بل للطرف المضرور عامة الذى يستعمل حقه فى فسخ العقد؛ لذا يجوز للبائع إذا اضطر لإعادة بيع البضاعة محل العقد التى رفض المشترى استلامها، دون مبرر سائغ أن يلزم المشترى بالفارق بين السعر الذى ورد فى عقد البيع و السعر الذى تقاضاه، مقابل إعادة بيع البضاعة.

وفى رأينا أن اتفاقية فيينا قد راعت هنا اختلاف التشريعات الوطنية فى طريقة تقدير التعويض على أساس القواعد العامة، إلى جانب سلطات القضاء الواسعة بشأن هذا التقدير؛ لذا وضعت طريقة لتعويض المضرور يكون فيها التعويض محددًا تحديدًا قاطعًا، دون حاجة للتقدير القضائى أو انتظار فترة طويلة، وهى طريقة الصفقات البديلة، فهى طريق خاص يحصل به المضرور على النتيجة التى ينشدها من إبرام العقد سريعاً وعلى تعويض نقدى يغطى ما قد يبقى بعد إبرام هذه الصفقة من أضرار[1].

المطلب الثانى

إنقاذ العقد وتجزئة التسليم على دفعات

٣٠ ـ قانون التجارة وتجزئة الفسخ:

القاعدة فى القانون المدنى أنه يترتب على الفسخ زوال العقد فى مجموعه. ويؤدى هذا المبدأ إلى ضرورة رفض الفسخ الجزئى للعقد. ويعترض البعض على ذلك بالقول إن الفسخ لا يلحق إلا الالتزام الذى لم ينفذ دون باقى الالتزامات، متى أمكن تجزئة العقد إلى وحدات متميزة، بحيث تبقى الالتزامات التى تحقق بقاء التوازن العقدى وتفسخ فقط التى لم تنفذ، فتنفيذ العقد ولو

---

(١) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، المرجع السابق، ص ٢٤١.

جزئياً أفضل من انهياره بالكامل، وفى هذه الحالة يقضى بالتعويض بالإضافة إلى الفسخ الجزئى، ويعد إنقاص الثمن عند نقص الشئ المبيع أبرز تطبيقات الفسخ الجزئى، لدى هذا الرأى. بيد أن الفقه الغالب يرفض الرأى السابق، على أساس أنه يتعارض مع طبيعة العقد الحقيقية وما ينطوى عليه من تكامل، فضلاً عن أنه يخالف توقعات الطرفين من ضرورة التنفيذ الكلى له[1]. أما حالات إنقاص الثمن عند نقص الشئ المبيع، فإنها لاتعد فى نظر معظم الفقهاء من قبيل الفسخ الجزئى للعقد، وإنما تجد أساسها لديهم فى سلطة القاضى فى تقدير التعويض عن الإخلال بالالتزام، فإعفاء المشترى من باقى الثمن بمنزلة تعويض له عن الضرر[2]. وفى اتفاقية فيينا يعد إنقاص الثمن جزاءً أصلياً.

وعلى الرغم من انتقاد الفقه الغالب لنظرية الفسخ الجزئى، فإن المشرع التجارى قد تبناها فى المادة ٩٧ من قانون التجارة التى تنظم عقد البيع على دفعات، **عملاً على إنقاذ العلاقة بين التجار من الانهيار الكلى**. ويقصد بهذا البيع التنفيذ المتعاقب لالتزام البائع بالتسليم، فهو عقد واحد يتفق طرفاه على التزام البائع بتسليم البضاعة المبيعة على دفعات يحدد العقد حجم كل منها وموعد تسليمها. وقد يتفق على سداد ثمن كل دفعة على انفراد أو دفع ثمن البضاعة كلها مرة واحدة[3] ولا يشترط أن تكون دفعات البضاعة متماثلة، من حيث كميتها أو نوعها. والعبرة بتعدد دفعات البضاعة لا بتعدد دفعات الثمن[4].

(١) راجع فى عرض هذه الاتجاهات والاستثناءات على مبدأ الفسخ الكلى أستاذنا د. حسام الأهوانى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٤٢١ و٤٢٢.

(٢) راجع في عرض هذا الاتجاه: د. حسام الأهوانى، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق ،ص ٤٣٩.

(٣) د. خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولى للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، المرجع السابق، ص ٢٧١.

(٤) د. خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولى للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، المرجع السابق، ص ٢٧٢.

وفى هذا النوع من البيوع التجارية لا يأخذ المشرع التجارى بفكرة الفسخ الكلى عند إخلال المشترى بالتزامه بتسليم إحدى دفعات البيع ؛ لذا تنص المادة ٩٧ من قانون التجارة على أنه: "إذا اتفق على تسليم المبيع على دفعات، جاز للمشترى أن يطلب الفسخ إذا لم يقم البائع بتسليم إحدى الدفعات فى الميعاد المتفق عليه، ولا يسرى الفسخ على الدفعات التى تم تسليمها إلا إذا ترتب على تبعيض المبيع ضرر جسيم للمشترى".

وتطبيقاً لذلك، إذا طلب المشترى فسخ العقد؛ لإخلال البائع بالتزامه بتسليم إحدى دفعات البيع، فإن الفسخ يقع جزئياً ويشمل الدفعات التى حدث الإخلال بشأنها والدفعات المستقبلية فقط، ولكنه لا يمتد إلى الدفعات التى سلمت. ويعد الفسخ الجزئى بالنسبة للدفعات المستقبلية فسخاً مبتسراً للعقد لأن الإخلال بالالتزام بالتسليم لم يقع، ولكن يرجح حدوثه بعد أن خالف البائع التزامه بتسليم إحدى الدفعات[1].

ويبين من المادة ٩٧ من قانون التجارة أن المشرع المصرى فى إطار حرصه على إنقاذ العلاقة العقدية برمتها من الفسخ يرى أن كل دفعة من الدفعات محل الالتزام بالتسليم تشكل عقد بيع خاصًا متميزًا عن الاتفاق الكلى. وهذه النظرة لا تشكل إنكاراً للعقد برمته بوصفه وحدة اقتصادية متكاملة؛ لذلك اشترط المشرع لتطبيقها أن يكون المبيع قابلاً للتبعيض[2]. فإذا كان المبيع غير قابل للانقسام أو التجزئة، كأن يكون آلة ميكانيكية تشكل خط إنتاج تسلم أجزاؤها على دفعات مستقلة، فإن فسخ البيع لعدم تسليم أحد أجزاء الخط يكون ـ فى هذه الحالة ـ

---

(١) د. خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولى للبضائع وفقًا لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، المرجع السابق، ص ٢١٨.

(٢) Heuzé(v.), La vente Internationale de marchandises, op. cit., p. 317, n° 419.

فسخاً كلياً ؛ لعدم جواز تجزئة الصفقة ، فلا يمكن الانتفاع بأجزاء الماكينة إلا باجتماعها معاً[1].

٣١ـ التسليم على دفعات فى اتفاقية فيينا:

تأخذ اتفاقية فيينا بفكرة الفسخ الجزئى فى حالتين: **الأولى**: رصدتها المادة ٥١ إذا لم يسلّم البائع جزءًا من البضائع أو كان جزء منها غير مطابق للعقد. **الثانية**: قررتها المادة ٧٣ فى العقود التى تقضى بتسليم البضائع على دفعات إذا تخلف أحد الطرفين عن الوفاء بالتزام من التزاماته المتعلقة بإحدى الدفعات. وتتعلق المادة ٥١ بالمخالفة التى تقع من البائع وحده، أما المادة ٧٣ فتشمل المخالفة التى تقع من أحد الطرفين: البائع أو المشترى[2].

وتنظم الفقرة الأولى من المادة ٧٣ قاعدة الفسخ الجزئى فى عقد البيع مع التسليم على دفعات، فتجيز لأى من طرفيه إعلان الفسخ إذا وقعت مخالفة جوهرية من أحد الطرفين بمناسبة تنفيذ إحدى الدفعات. ويقتصر أثر الفسخ حينئذ على الدفعة التى وقعت المخالفة الجوهرية بشأنها، ومن ثم تبقى الدفعات الأخرى السابقة على هذه الدفعة واللاحقة عليها قائمة[3].

وتختلف هذه القاعدة عن مثيلتها فى القانون المصرى من عدة مناح: **الأول**: أن قاعدة الفسخ الجزئى تطبق، فى اتفاقية فيينا، فى حال إخلال أى من طرفى العقد بالتزاماته المتعلقة بإحدى الدفعات، سواء أكان البائع أم المشترى. أما فى قانون التجارة المصرى فتطبق فقط فى حالة إخلال البائع بالتزاماته بتسليم إحدى الدفعات. **الثانى**: أن اتفاقية فيينا تعطى للطرف المضرور إعلان الفسخ،

---

(١) د. خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولى للبضائع وفقًا لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، المرجع السابق، ص ٢٨٩ ؛ د. محمود سمير الشرقاوى، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص ٢٠٧.

(٢) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

(٣) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، المرجع السابق، ص ٢٣١.

فى حين لا يكون له فى القانون المصرى إلا طلب الفسخ. **الثالث**: أن اتفاقية فيينا تحدد جزاء الإخلال فى فسخ العقد بالنسبة للدفعة التى حدث الإخلال بشأنها فقط، فى حين يقرر القانون المصرى أن الفسخ لا يسرى على الدفعات التى استلمت، وهذا يعنى أنه يمتد إلى الدفعات المستقبلية والدفعة التى حدث الإخلال بشأنها. **الرابع**: أن الاتفاقية تشترط لتطبيق قاعدة الفسخ الجزئى أن يشكل عدم تنفيذ الالتزام المتعلق بإحدى الدفعات مخالفة جوهرية للعقد بشأن تلك الدفعة، فى حين يترك المشرع التجارى شروط الفسخ للقواعد العامة.

وإذا كان لدى الطرف المضرور مبرر قوى للاعتقاد بأن إخلالاً جوهريًا سوف يقع بالنسبة للدفعات التى ستسلم فى المستقبل، كأزمة مالية تنبئ بانهيار المنشأة الاقتصادية فى القريب، فإن المادة ٧٣/ ٢ من الاتفاقية تجيز له أن يفسخ العقد للدفعات المستقبلية فقط، بشرط أن يحدث ذلك فى مدة معقولة، ولا يشمل الفسخ الدفعات التى نفذت فعلاً، أو الدفعة التى وقع الخلل بشأنها، إلا إذا كان هذا الخلل يشكل بذاته مخالفة جوهرية تبرر فسخ تلك الدفعة هى الأخرى[١]. ولا يعرف القانون التجارى فكرة الفسخ المبتسر لعقد البيع التجارى، أى فسخ العقد بالنسبة للدفعات المستقبلية على استقلال. فالفسخ الجزئى يشمل الدفعة التى وقع الخلل بشأنها والدفعات المستقبلية معًا.

وتجيز الإتفاقية ـ بموجب المادة ٣/٧٣ ـ للمشترى أن يعلن فسخ العقد كاملاً، أى سواء بالنسبة لما سلم فعلاً من أجزاء البضاعة والدفعة المعيبة التى وقع الإخلال بشأنها وما سيسلم مستقبلاً من الأجزاء الباقية من البضاعة، إذا كان لا يمكن استعمال هذه البضاعة للأغراض التى أرادها الطرفان وقت انعقاد العقد؛ بسبب عدم قابليتها للتبعيض. ويشترط أن يكون الإخلال جوهريًا من جانب البائع بالنسبة للدفعة المبيعة[٢]. ويأخذ القانون التجارى بقاعدة الفسخ

---

(١) د. محمود سمير الشرقاوى، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص ٢٠٦.
(٢) د. محمود سمير الشرقاوى، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص ٢٠٧.

الكلـى للعقـد، فـى حالـة عـدم قابليـة المبيـع للتجزئـة، متـأثرًا باتفاقيـة فيينا ١٩٨٠.

المطلب الثالث

إنقاذ العقد بين إنقاص الثمن وزيادته

٣٢- الضوابط الفاصلة بين الفسخ وإنقاص الثمن:

إذا أخل البائع بالتزامه بالتسليم، جاز للمشترى طلب التنفيذ العينى أو طلب الفسخ، طبقًا للقواعد العامة. ولا يستطيع القاضى أن يقضى بالإبقاء على العقد وتخفيض الثمن إذا كان الشئ المسلم غير مطابق لما اتفق عليه[١]. ومع ذلك، فقد حرص القضاء فى فرنسا[٢] ومصر[٣] – مستنداً إلى العرف التجارى – على جواز إنقاص الثمن فى البيوع التجارية، بدلاً من الفسخ فى حالة عدم المطابقة.

وإنقاص الثمن Réfaction **هو جزاء ينقذ البيع التجارى من الفسخ ومايترتب عليه من إعادة نقل البضاعة إلى البائع واضطراب سلسلة الروابط القانونية التى تمتد من المشترى إلى من اشترى منه هذه البضائع وهكذا**[٤]. ومع أن الأساس الحقيقى لهذا الجزاء العرف التجارى المستقر، فقد حاول الفقه تقريبه من القواعد العامة إما على أساس إرادة الطرفين، وإما على أساس أنه امتداد لدعوى إنقاص الثمن فى حالة العيب الخفى. وقد انتقد التحليل الأول على أساس صعوبة استخلاص قبول ضمنى أو حتى افتراضى فى حالة سكوت المتعاقدين عن التعرض لهذا الجزاء، وأما الثانى فلم يحظ بقبول؛ لأن الفارق جلى بين العيب

---

(١) وفى القانون المصرى، تنص المادة ٢/١٥٧ مدنى على أن للقاضى أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته؛ ولذلك يجوز للقاضى فى هذه الحالة الحكم بتعويض على البائع يتقاص مع حقه فى الثمن، ومن هنا ينشأ إنقاص الثمن.
د. أكثم الخولى، دروس فى القانون التجارى، المرجع السابق، ص٢٥.

(٢) Ripert (G.) – Roblot (R.), Traité de droit Commercial, Tome 2, 12e edition, N° 2537. p. 584.

(٣) د. أكثم الخولى، دروس فى القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٢٣

(٤) د. أكثم الخولى، دروس فى القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٢٣.

الخفى وعدم المطابقة. ويذهب الرأى الغالب إلى أن هذا الجزاء لا يخرج عن أن يكون رفضًا للفسخ الذى يطلبه المشترى مع الحكم على البائع بتعويض يتقاص مع دين الثمن ؛ ولذلك يجد أساسه فى سلطة القاضى فى تقدير التعويض، عند الإخلال بالإلتزام[1].

وتقنيناً لهذا العرف التجارى المستقر، نظم المشرع التجارى فى المادة ١٠١ حدود انطباق هذا الجزاء المتجسد فى رفض الفسخ والقضاء بإنقاص الثمن، على النحو التالى:

٢٣ـ أ ـ التعريف بجزاء إنقاص الثمن:

يقصد بإنقاص الثمن إلزام البائع برد جزء من ثمن البضاعة إلى المشترى إذا كان الأخير قد دفع الثمن، أو عدم التزام هذا الأخير بكل ثمن البضاعة المتفق عليه إن لم يكن قد دفعه بالكامل. وهو جزاء ينقذ البيع التجارى من الفسخ وما يترتب عليه من إعادة نقل البضاعة إلى البائع واضطراب سلسلة الروابط القانونية التى تمتد من المشترى إلى من اشترى منه هذه البضائع، وهكذا. **وهذا الجزاء ينقذ الصفقة من الانهيار** وفى ذات الوقت لا يضير المشترى ؛ لأنه تاجر، ويستطيع تصريف البضاعة المبيعة[2].

٢٤ـ ب ـ طبيعة عدم تنفيذ الالتزام:

يلتزم البائع بأن يسلم المشترى بضائع تكون من حيث كميتها وأوصافها وكيفية تغليفها أو تعبئتها مطابقة لما يشترطه العقد. ويعد العقد ضابط المطابقة أو معيارها، فكل ما يشترطه فى البضاعة من صفات يكون عنصراً فى ذاتيتها ويجب أن تتضمنه عند تسليمها إلى المشترى[3].

---

(١) راجع فى عرض تلك النظريات:
د. حسام الأهوانى، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٤٣٩.

(٢) د. محمود سمير الشرقاوى، الالتزام بالتسليم فى عقد بيع البضائع، المرجع السابق، ص ٦٣.

(٣) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، المرجع السابق، ص ١٤٤ ؛ وراجع فى المقصود بالمطابقة رسالة الزميل د. جمال عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة فى عقد البيع الدولى للبضائع وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة "فيينا ١٩٨٠"، رسالة من جامعة القاهرة، ١٩٩٦.

وحددت المادة ١٠١ من القانون التجارى، فى هذا الصدد، مفهوم عدم التنفيذ، بأن تكون كمية المبيع المسلم أو صنفه أقل مما هو متفق عليه أو أن به عيباً أو أنه غير مطابق للشروط أو العينة التى تم العقد بمقتضاها. ويتعين لرفض الفسخ والقضاء بانقاص الثمن ألا ينشأ عن النقص أو العيب أو عدم المطابقة عدم صلاحية المبيع للغرض الذى أعده له المشترى أو صعوبة تصريفه.

٣٥ـ جـ ـ طبيعة المادة ١٠١ من قانون التجارة:

يجب ألا يكون الطرفان قد قصدا استبعاد هذا الجزاء صراحةً أو ضمنًا، فإذا نص العقد على تطبيق جزاء الفسخ عند إخلال البائع بالتزامه بالتسليم، فلا يجوز تطبيق المادة ١٠١. أما إرادة الطرفين الضمنية، فيمكن استخلاصها بطرق عديدة، من بينها طبيعة البيع، ففى البيع بالعينة أو بالنموذج يفترض أن المشترى لا يقبل أى اختلاف فى الصنف بين البضاعة المسلمة والعينة، ولكن إنقاص الثمن يظل ممكنًا فى حالة نقص الكمية[1]. ويتعين القضاء بالفسخ إذا كان هناك عرف يقضى بذلك. وهذا ما قررته المادة ١٠١ بقولها: "فلا يقضى للمشترى بالفسخ .... ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بوجوب الفسخ".

٣٦ـ د ـ الشروط الإجرائية للقضاء بانقاص الثمن:

رصد المشرع التجارى عدة شروط للقضاء بانقاص الثمن، بديلاً عن الفسخ، وهى: **أولاً**: أن يخطر المشترى البائع بوجود النقص أو العيب أو عدم المطابقة خلال خمسة عشر يومًا تبدأ من تاريخ تسليم المبيع إليه تسليماً فعلياً (م ١٠١/ ٢)، فهذا التسليم وحده هو الذى يمكن المشترى من اكتشاف إخلال البائع بالتزامه، فلا يعتد لذلك بالتسليم الرمزى[2]. **ثانياً**: يتعين على المشترى أن يقيم دعوى الفسخ أو إنقاص الثمن خلال ستين يومًا من تاريخ التسليم الفعلى

---

(١) د. أكثم الخولى، دروس فى القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٢٤.

(٢) د. محمود مختار بريرى، قانون المعاملات التجارية، الالتزامات والعقود التجارية، المرجع السابق، ص ١٤٨.

للمبيع (م ١٠١/ ٢). وتهدف هذه المدد القصيرة إلى الحرص على استقرار التعامل التجارى وعدم تركه مهددًا فترة طويلة[١].

ويؤدى عدم التقيد بمواعيد الإخطار أو رفع الدعوى إلى سقوط حق المشترى فى إقامتها. وتمتد هذه المواعيد إذا أثبت المشترى وقوع غش من البائع، ومثاله تعمّد الأخير إخفاء العيوب التى تلحق بالبضائع. وفى جميع الأحوال تسقط الدعوى بانقضاء ستة أشهر من تاريخ التسليم الفعلى (م ١٠١/ ٣ و ٤).

ويجوز الاتفاق على تعديل هذه المواعيد، سواء أكان من حيث مدتها، بالإنقاص أو الزيادة، أم من حيث عدم التزام المشترى بالقيام بها، أى بإعفائه منها كليًا أو جزئيًا (م ١٠١/ ٥).

٣٧ ـ هـ ـ السلطات المخولة للقضاء:

إذا توفرت شروط رفض الفسخ، تقضى المحكمة بإنقاص الثمن من تلقاء نفسها، ودون أن يطلب المشترى الإنقاص، ودون إخلال بحق الأخير فى التعويض[٢]. فإنقاص الثمن قد يحدث بناء على طلب أحد المتعاقدين، كما يحق للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، وتلزم به الأطراف[٣].

٣٨ـ إنقاص الثمن فى اتفاقية فيينا:

تجيز اتفاقية فيينا ١٩٨٠ للمشترى فسخ العقد، عندما يتخلف البائع عن تنفيذ التزاماته. وقد عرضت م ٤٩/ ١ من الاتفاقية لحالات الفسخ المقررة

---

(١) د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، المرجع السابق، ص ٣٦٨.

(٢) وهذا ما تقرره المادة ١٠١ من القانون التجارى التى تنص على أنه "ويكتفى عند رفض طلب الفسخ بإنقاص الثمن دون إخلال بحق المشترى فى التعويض".

(٣) حسام الأهوانى، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٤٣٧. وجاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة مانصه: "لا يكون للمشترى الحق فى فسخ العقد إلا إذا كانت الحالة التى عليها المبيع تفوت على المشترى غرضه من الشراء، وبغير ذلك لا يكون للمشترى إلا طلب إنقاص الثمن مع التعويض، إذا كان له مقتضى".

للمشترى، على سبيل الحصر[1]، على النحو التالى: **أولاً**: أن يشكل إخلال البائع بتنفيذ أحد التزاماته مخالفة جوهرية لعقد البيع أو لأحكام الاتفاقية. **ثانياً**: إذا تخلف البائع عن تنفيذ التزامه بتسليم البضاعة خلال المهلة الإضافية التى حددها المشترى له، أو أعلن البائع أنه لن ينفذ هذا الالتزام خلال تلك المهلة.

فإذا قرر المشترى استعمال حق الفسخ، فلا يشترط أن يطلبه من القضاء، وإنما يكفيه أن يعلن فسخ العقد، ويخطر بذلك البائع. فإذا كان للبائع اعتراض على الفسخ، كان هو المكلف بمخاصمة المشترى؛ للحصول على حكم بإلغاء الفسخ، وله بطبيعة الحال المطالبة بتعويض، إن كان له محل[2]. وقد حرصت الاتفاقية على تقييد استعمال هذا الحق ببعض القيود التى تهدف إلى المحافظة على عقد البيع بقدر الإمكان، من جهة[3] وإلى إسراع المشترى فى تقرير مصير العقد حتى لا يبقى معلقاً فترة طويلة، من جهة أخرى[4].

ويعد وقوع الفسخ بإعلان من المشترى من سمات الاتفاقية؛ حرصًا منها على الإسراع فى تصفية العقد، دون حاجة إلى استصدار حكم قضائى قد يطول انتظاره، ولذلك لم تعرف فكرة انقاص الثمن بديلاً عن الفسخ التى أخذ بها القانون المصرى تقنينًا للعرف التجارى المستقر. فإنقاص الثمن جزاء أصلى فى الاتفاقية.

وإلى جانب التنفيذ العينى والفسخ تهيئ الاتفاقية للمشترى جزاءً ثالثًا هو إنقاص الثمن، عندما يتخلف البائع عن التنفيذ. ومجال تطبيق هذا الجزاء هو الالتزام بالمطابقة، حيث تكون البضاعة التى تسلمها المشترى معيبة أو ناقصة أو

---

(١) د. محمود سمير الشرقاوى، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص ١٦٠.
(٢) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، المرجع السابق، ص ١٨٢.
(٣) د. محمود سمير الشرقاوى، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص ١٥٩.
(٤) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، المرجع السابق، ص ١٨٤.

لا تنطبق عليها المواصفات المذكورة فى العقد، ويقرر المشترى الإبقاء عليها، مع إنقاص ثمنها بمقدار العيب فيها[1].

وإعمالاً لما سبق تقضى المادة ٥٠ من الإتفاقية بأنه "إذا لم تكن البضاعة مطابقة للعقد، وسواء دفع الثمن أو لم يدفع، يجوز للمشترى إنقاص الثمن بنسبة الفرق بين قيمة البضاعة التى سلمت فعلاً، وقت التسليم، وقيمتها فى هذا الوقت لو سلمت مطابقة؛ بيد أنه لا يجوز للمشترى إنقاص الثمن إذا عالج البائع أى خلل فى تنفيذ التزاماته، طبقًا للمادة ٣٧ أو طبقًا للمادة ٤٨، أو إذا رفض المشترى قيام البائع بالتنفيذ، وفقاً للمادتين المذكورتين".

ويعد وقوع الفسخ وإنقاص الثمن بإعلان من المشترى من سمات اتفاقية فيينا؛ حرصًا منها على الإسراع فى تصفية العقد، دون حاجة إلى استصدار حكم قضائى قد يطول انتظاره؛ ولذلك لم تأخذ بفكرة الجزاء البديل الذى أخذ به القانون المصرى فى المادة ١٠١ من قانون التجارة، عندما أعطى للقضاء سلطة الحكم بإنقاص الثمن بديلاً عن رفض الفسخ. فالفسخ والإنقاص فى الاتفاقية جزاءان أصليان مستقلان، إذ يكفى لوقوعهما صدور إعلان من المشترى، ولا يشترط الحصول على حكم من القضاء[2]، ولذا نظمت الاتفاقية أحكامهما كل على انفراد.

٣٩ ـ إنقاذ العقد وزيادة الثمن فى حالة زيادة المبيع:

إذا وجد بالمبيع زيادة، وكان هناك اتفاق خاص بين المتعاقدين على الحل الواجب الاتباع، تعين العمل بهذا الإتفاق. فإذا لم يوجد إتفاق، وجب العمل بالعرف. فإن لم يوجد اتفاق أو عرف، فإن الحكم الواجب تطبيقه يختلف، من حيث كون الثمن مقدرًا بحسب الوحدة أو مقدرًا جملة واحدة. فإذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة، وكان المبيع قابلاً للتبعيض، فالزيادة للبائع، وإذا كان

---

(١) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، المرجع السابق، ص ١٨٥.

(٢) د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ١٨١.

غير قابل للتبعيض، فيلتزم المشترى بتكملة الثمن، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة، فيجوز له أن يطلب فسخ العقد (م ٢/٤٣٣ مدنى). وإذا كان الثمن مقدرًا جملة واحدة، يبقى البيع، ولا يطالب المشترى بزيادة فى الثمن أو برد الزيادة، ولو كانت مما يمكن ردها[1].

وحرصاً على استمرار صفقة البيع، وتفاديًا لمخاطر الفسخ أو النزاع، جاءت المادة ١٠٢ من قانون التجارة بأحكام جديدة خرجت بها على القواعد العامة فى القانون المدنى المقررة بمقتضى المادة ٤٣٣ مدنى والسابق بيانها[2]. **وهى أحكام تجمع بين الحرص على تقرير مصير العقد فى القدر الزائد وإنقاذه من المخاطر، من ناحية والحفاظ على حقوق طرفى العقد، من ناحية أخرى.**

وتقضى المادة ١٠٢ / ١ بأنه لا يكون للبائع استرداد الزيادة إلا إذا رفض المشترى تكملة الثمن خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ إخطاره بوجود الزيادة.

ويرى البعض[3] تعليقًا على هذا النص أن المشرع يهدف إلى مراعاة مصلحة طرفى العقد واستقرار التعامل، إذ قد يرغب المشترى فى شراء الشئ الزائد على المتفق عليه، فلا تكون ثمة دواع لإعادته للبائع، لما يستلزمه ذلك من جهد ومال، لاسيما أن الشئ الزائد يماثل البضاعة المتفق عليها، وقد يحتاجه المشترى؛ لذا تلزم المادة ١/١٠٢ البائع بإخطار المشترى بالزيادة فى الشئ المبيع؛ لتكملة الثمن، وتضع مدة خمسة عشر يومًا للمشترى، إن قبل الدفع خلالها، فلا يكون للبائع الحق فى استرداد الزيادة، وقد حرص المشرع على أن تكون المدة المتاحة للمشترى قصيرة جدًا؛ حسمًا لمصير العقد فى القدر الزائد.

---

(١) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٤٩٧ و٤٩٨.
(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة.
(٣) د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، المرجع السابق، ص ٣٧٠.

وتسقط دعوى البائع باسترداد الزيادة بعد انقضاء ستين يومًا من تاريخ التسليم الفعلي (م ١٠٢/ ٢). والميعاد المذكور هو ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم، مثلما هو الحال بالنسبة للميعاد المحدد بمقتضى المادة ٤٣٤ مدني، عند مباشرة البائع لدعوى تكملة الثمن[1]؛ ولذلك لا يرد عليه الوقف أو الانقطاع، ويجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه[2].

ويجوز الاتفاق على تعديل المواعيد السابقة المتعلقة بتنظيم حالة زيادة المبيع على المقدار المتفق عليه، أو على إعفاء البائع من مراعاتها (م ١٠٢/ ٣).

---

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة.

(٢) د. حسام الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، ١٩٩٦، ص ٥٢٨.

الفصل الثالث

مظاهر إنقاذ العقد والتزامات المشترى

٤٠ ـ التزامات ثلاثة:

لما كان عقد البيع من العقود التبادلية، فإن المشترى يلتزم تجاه البائع بالعديد من الالتزامات. وقد حرص قانون التجارة على تنظيم بعض هذه الالتزامات؛ بهدف الحفاظ على العلاقة العقدية بين التجار وإنقاذها مما يهددها من مخاطر، وهى: الالتزام بالوفاء بالثمن والالتزام بتسلم المبيع وأخيرًا: الالتزام بالبيع بثمن مفروض.

وفى ضوء ذلك نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالى:

المبحث الأول: إنقاذ العقد والالتزام بالوفاء بالثمن.

المبحث الثانى: إنقاذ العقد والالتزام بتسلم المبيع.

المبحث الثالث: إنقاذ العقد والالتزام بالبيع بثمن مفروض.

المبحث الأول

إنقاذ العقد والالتزام بالوفاء بالثمن

٤١ ـ حق المشترى فى الحصول على قائمة بالبضاعة التى أوفى بثمنها:

يلتزم المشترى بموجب عقد البيع بأن يفى بالثمن للبائع. ويجوز للمشترى الذى دفع الثمن بكامله أن يطلب من البائع إعطاءه قائمة بالبضاعة مذكورًا فيها أن الثمن قد دفع (م ٩٩/ ١). ومتى قبل المشترى صراحةً أو ضمنًا قائمة البضاعة التى تسلمها من البائع، فليس له بعد ذلك الاعتراض على البيانات التى وردت بها. ويعتبر قبولاً ضمنياً عدم اعتراض المشترى على القائمة خلال عشرة أيام من تاريخ تسلمها (م ٩٩/ ٢).

فإذا لم يف بالثمن، فإن الجزاءات المقررة لمصلحة البائع تختلف فى القانون المدنى عنها فى القانون التجارى، على النحو التالى:

٤٢ـ أولاً: حقوق البائع طبقاً للقواعد العامة فى حالة عدم الوفاء بالثمن:

إذا أخل المشترى بالتزامه بدفع الثمن إلى البائع فى ميعاده، كان للبائع - وفقاً للقواعد العامة - الحق فى المطالبة بالتنفيذ، ويقصد بالتنفيذ أن يطلب البائع إلزام المشترى بالوفاء بالثمن، وينفذ الحكم باللجوء إلى إجراءات التنفيذ الجبرى، طبقاً لقانون المرافعات[١].

وإذا كان البائع لم يسلم بعد المبيع، فيحق له حبس المبيع بمقتضى المادتين ٤٥٩ و٤٦٠ من القانون المدنى. وإذا كان المبيع سريع التلف أو يخشى عليه من الهلاك، فإن المادة ٢٠٩ تجيز للبائع أن يحصل على إذن من المحكمة؛ لبيعه، وفقاً لإجراءات تحددها، وله أن يبيعه دون إذن المحكمة فى حالة الاستعجال، وينتقل الحق فى الحبس من الشئ إلى الثمن. ولكن لا يجوز للبائع أن يستوفى حقه مباشرة من الثمن، فالحصول على حقه لا يكون إلا باللجوء إلى إجراءات التنفيذ[٢].

وتجيز المادة ٤٦١ من القانون المدنى للبائع فى بيع العروض وغيرها من المنقولات، فسخ العقد بإرادته المنفردة، دون حاجة إلى إعذار، إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك. ويهدف المشرع من هذا الحكم إلى حماية البائع من الأضرار التى تلحق به، فى حالة لجوئه إلى الفسخ القضائى وانتظاره فترة طويلة، حتى يصدر الحكم، حيث يعانى حينئذ من تقلبات الأسعار وتلف البضائع وازدحام المخازن وعجزه عن الوفاء بالتزاماته المستقبلة؛ ولهذا فإن اعتبارات التيسير على البائع اقتضت أن يكون له فسخ البيع بإرادته المنفردة، بحيث يكون له التصرف فى المنقول، بمجرد عدم قيام المشترى بدفع الثمن[٣].

---

(١) د. حسام الأهوانى، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٨٠٤؛ د. رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماه فى عقدى البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة، ص ٣٩٠.

(٢) د. حسام الأهوانى، المرجع السابق، ص ٨٠٤.

(٣) د. محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، قراءة فى التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، المرجع السابق، ص ٩٦؛ د. حسام الأهوانى، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٨٢١ ومابعدها.

ويرتب الفقه على اعتبار العقد مفسوخًا بقوة القانون أن تعود ملكية المبيع إلى البائع، ويكون من حقه أن يبيعه لغير المشترى، دون حاجة لإعذار المشترى أو إنذاره، ومن ثم يقع البيع لحساب البائع وليس لحساب المشترى، ويكون ثمن البيع من حق البائع[1].

٤٢ـ ثانياً: حقوق البائع طبقاً للقانون التجارى فى حالة عدم الوفاء بالثمن:

نظمت المادة ٩٨ من القانون التجارى كيفية حصول البائع على الثمن عن طريق إعادة بيع المبيع لحساب نفسه وعلى مسئولية المشترى[2]. ويتطلب ذلك، بطبيعة الحال، ألا يكون المشترى قد تسلم المبيع، وهى مستمدة من المادتين ٧٥ و ٧٦ من اتفاقية فيينا الخاصة بتقدير التعويض فى حالة الفسخ.

ويتعين أن يعذر البائع المشترى؛ ليثبت عليه عدم التزامه بالوفاء بالثمن، وفقاً للعقد المبرم، قبل أن يعيد البضائع للغير. ولا يتطلب النص الحصول على إذن مسبق من المحكمة[3]. فإذا لم يقم المشترى بالوفاء بالثمن فى الميعاد المحدد، كان للبائع إعادة بيع الشئ. وتفرض المادة ٩٨ على البائع التزامه بالتصرف بحسن نية، فيسارع إلى البيع خلال مدة معقولة وبأفضل سعر[4]. ويذهب البعض إلى القول بأن البائع يعد سئ النية إذا باع دون اكتراث بمصلحة المشترى أو بعدم بذله الجهد المعقول؛ للتوصل إلى أفضل سعر[5].

فإذا بيعت البضاعة بحسن نية، وكان ثمن البيع أقل مما هو مستحق له قبل المشترى الأول، كان من حق البائع مطالبة هذا المشترى بالفرق. أما إذا كان

---

(١) د. حسام الأهوانى، عقد البيع في القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٨٢٩.

(٢) د. علـى قاسـم، قـانون الأعمـال، الجـزء الرابـع، المرجـع السـابق، ص ٣٥؛ د. حسام الأهوانى، عقد البيع في القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٨٠٥.

(٣) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة.

(٤) د. علـى سـيد قاسـم، قـانون الأعمـال، الجـزء الرابـع، المرجـع السـابق، ص ٣٥.

(٥) د. حسام الأهوانى، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٨٠٥.

للبضاعة سعر معلوم بالسوق، فلا محل للبحث عن حسن نية البائع، بل يرجع لسعر السوق فى اليوم المعين لدفع الثمن. وإذا كان هذا السعر أقل من الثمن المتفق عليه، كان للبائع أن يطالب المشترى بالفرق بين الثمن المتفق عليه والثمن فى اليوم المحدد للتنفيذ.

ويرى الفقه[1] أن حق البائع فى إعادة البيع لحساب نفسه وعلى مسئولية المشترى المنصوص عليه فى المادة ٩٨ من قانون التجارة يقابل حق الاستبدال المقرر للمشترى عند تقاعس البائع عن تنفيذ التزامه بالتسليم بمقتضى المادة ٩٦.

وفى نظر البعض[2] فإن أحكام المادة ٩٨ من قانون التجارة تنطوى على قواعد استثنائية تمثل خروجًا على مبادئ البيع فى القانون المدنى من عدة وجوه:

الأول: أن هذه المادة تجيز للبائع أن يعيد بيع البضاعة بعد إعذار المشترى دون حاجة للجوء إلى القضاء ودون اشتراط أن يكون المبيع قابلاً للتلف أو الهلاك.

الثانى: أن للبائع الحق فى خصم حقه مباشرةً من ثمن إعادة البيع ودون اللجوء إلى إجراءات التنفيذ مما يحرم باقى دائنى المشترى من التنفيذ على البائع.

وينتقد البعض الآخر شرط الإعذار الوارد فى المادة ٩٨ ، إذ لا يقبل أن يكون وضع البائع فى العقود المدنية أفضل من وضع البائع فى العقود التجارية التى يحتاج إبرامها وتنفيذها إلى عامل السرعة والبساطة لا سيما إذا كانت البضاعة محل العقد عرضة للتلف السريع، بحيث يخشى عليها من فوات الوقت اللازم لإعذار المشترى قبل إعادة البيع[3].

---

(١) د. على قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، العقود التجارية، المرجع السابق، ص ٣٦؛ د. أكثم الخولى، دروس فى القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٢٩.

(٢) د. حسام الأهوانى، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٨٠٦. وكان ذلك تعليقا على المادة ١٣٣ من القانون التجارى الكويتى المقابلة للمادة ٩٨ من قانون التجارة المصرى.

(٣) د. حسنى المصرى، العقود التجارية فى القانون الكويتى والمصرى والمقارن، المرجع السابق، ص ٨٤. وكان ذلك بمناسبة شرح المادة ١٣٣ تجارى المقابلة للمادة ٩٨ من قانون التجارة المصرى.

وفى الواقع، فإن اشتراط الإعذار لا يعد من قبيل التشديد على البائع فى البيع التجارى بما لا يتناسب مع طبيعة المعاملة، وإنما يجب تفسيره فى ضوء فكرة إنقاذ العقد التجارى بين التجار التى يتبناها المشرع التجارى. **فالحفاظ على هذه العلاقة العقدية يقتضى التيقن من رغبة المشترى فى التنصل منها قبل السماح للبائع بمباشرة حقوقه بإعادة بيع البضاعة.** ولا يتعارض هذا الشرط مع طبيعة الأشياء محل العقد والمعرضة للتلف السريع، إذ إن المادة ٥٨ من القانون التجارى تجيز الإعذار والإخطار بوسائل بسيطة وسريعة[١]. ولا يشكل هذا الإعذار قيدًا على أحكام الفسخ المقررة بمقتضى المادة ٤٦١ مدنى، وإنما على مباشرة البائع لحقه فى إعادة بيع البضائع على نفقة المشترى.

ويظهر حكم المادة ٩٨ تجارى أن منهج المشرع فى الحفاظ على العلاقة العقدية لا يكون فقط من خلال رصد الآليات القانونية التى تهدف إلى تفادى الانهيار، وإنما أيضًا من خلال استحداث جزاءات مدنية خاصة، تؤدى لنتائج تتشابه مع التنفيذ الطبيعى للعقد.

ويتيح هذا الحكم للبائع الاستفادة من العقد والوصول إلى الغرض الذى يسعى إليه، من خلال البيع السريع للبضاعة والحصول على فارق الثمن. ويمثل هذا الجزاء وسيلة ضغط على المشترى، إذ يصل بطرفى العقد فى وقت قصير إلى نتائج تشابه التنفيذ الفعلى والانقضاء الطبيعى للعقد؛ ولذلك فلن يستطيع المشترى الفكاك من التزاماته اعتمادًا على بطء الإجراءات القضائية وتعقدها.

٤٤ـ إعادة البيع وفقًا لاتفاقية فيينا فى حالة عدم الوفاء بالثمن:

ويجوز للبائع، الذى فسخ العقد ثم قام بإعادة بيع البضاعة التى رفض المشترى سداد ثمنها، أن يلزم المشترى بالفرق بين السعر الذى تقاضاه مقابل إعادة

---

(١) تنص المادة ٥٨ من القانون التجارى على أن: "يكون إعذار المدين أو إخطاره فى المواد التجارية بإنذار رسمى أو بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، ويجوز فى أحوال الاستعجال أن يكون الإعذار أو الإخطار ببرقية أو تلكس أو فاكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال السريعة".

البيع. هذا إلى جانب التعويض المستحق طبقًا للقاعدة الواردة فى المادة ٧٤. ويشترط للحصول على فارق السعرين أن يتم إعاده البيع أومايطلق عليه الصفقة البديلة، بطريقة معقولة وخلال فترة معقولة بعد الفسخ[1] (المادة ٧٥ من اتفاقية فيينا).

وإذا فسخ العقد، وكان هناك سعر جار للبضاعة، جاز للبائع، إذا لم يقم بإعاده البيع وفقًا للمادة ٧٥، أن يحصل على الفرق بين السعر المحدد فى العقد والسعر الجارى وقت الفسخ، وكذلك أيه تعويضات أخرى تكون مستحقه طبقًا للمادة ٧٤ (المادة ١/٧٦ من اتفاقية فيينا).

ويرى الفقه[2] أن طريقة تقدير التعويض على أساس الخسارة التى وقعت والكسب الذى فات تعد القاعدة العامة التى تتبع عند مخالفة العقد، ومع ذلك فإن اتفاقية فيينا ـ من خلال المادتين ٧٥ و٧٦ منها ـ تهيئ للطرف المضرور ـ وهو هنا البائع ـ الذى يستعمل حقه فى الفسخ طريقًا خاصًا لتعويض الضرر الذى يلحقه بسبب مخالفة العقد، وذلك بإجراء صفقة بديلة ـ إذا شاء ـ يحصل بها على النتيجة التى ينشدها من إبرامه، وعلى تعويض نقدى يغطى ما بقى من أضرار.

المبحث الثانى

إنفاذ العقد والالتزام بتسلم المبيع

٤٥ ـ الالتزام بالتسلم فى القانون المدنى المصرى والفرنسى:

لا يلتزم المشترى بالوفاء بالثمن وبمصروفات البيع فقط، بل يلتزم أيضًا بتسلم المبيع. فالبائع يلتزم بتسليم المبيع، وذلك بأن يضعه تحت تصرف المشترى، بحيث يكون الأخير متمكنًا من حيازته حيازة يستطيع معها أن ينتفع به الانتفاع

(١) د. محمود سمير الشرقاوى، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص٢١١ وص٢١٢.
(٢) د. محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، المرجع السابق، ص٢٤١.

المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك. ويلتزم المشترى فى المقابل بأن يتسلم المبيع، وذلك بالسيطرة عليه سيطرة مادية[١].

ولم يذكر المشرع المصرى صراحةً التزام المشترى بتسلم المبيع، إلا أنه نظم مكان تسلم المبيع وزمانه فى المادة ٤٦٣ مدنى التى تقضى بأنه: "إذا لم يعين الإتفاق أو العرف مكانًا أو زمانًا لتسلم المبيع، وجب على المشترى أن يتسلمه فى المكان الذى يوجد فيه وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن". وتقرر المادة ٤٦٤ مدنى أن: "نفقات تسلم المبيع على المشترى، ما لم يوجد عرف أو إتفاق يقضى بغير ذلك". كما تعرض المشرع للالتزام بتسلم المبيع فى المادة ٤٦١ مدنى، عندما أجاز للبائع اعتبار العقد مفسوخًا إذا حدد ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع وأخل المشترى بالتزامه بالوفاء بالثمن فى الميعاد.

وتظهر أهمية التزام المشترى باستلام البضاعة فى الميعاد المتفق عليه فى أن مصلحة البائع ألا تبقى البضاعة مكدسة بمخازنه على نحو يعرقل نشاطه التجارى. هذا إلى جانب أن تبعة الهلاك تنتقل إلى المشترى بالاستلام، وفقًا للقواعد العامة المنظمة لذلك، ومن ثم ترفع عن عاتق البائع[٢].

وقد عالج القانون المدنى الفرنسى جزاء الإخلال بهذا الالتزام فى المادة ١٦٥٧ منه التى تقضى بأنه فى حال بيع العروض والمنقولات يعتبر البيع مفسوخًا بقوة القانون ودون إنذار لمصلحة البائع، بعد انقضاء الأجل المحدد للتسلم[٣].

---

(١) د. عبد الرازق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٧٤٥؛ حسام الأهوانى، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٨٣١.

(٢) د. حسنى المصرى، العقود التجارية فى القانون الكويتى والمصرى والمقارن، المرجع السابق، ص ٨٨.

(٣) **Bénabent (A.), Droit civil, les Contrats spéciaux civils et Commerciaux, op. cit., p. 118, n° 265; Huet (j.), Traité de droit civil, les principaux Contrats Spéciaux, L. G. D. J, 1996, p. 347, n° 11430; Bouteloup (M.), Vente Commerciale, Obligation de L'acheteur: Retirement, Juris – classeurs, Contrats – Distribution, Fasc. 370, 1992.**

ويرى البعض أن هذا النص يعد تطبيقًا لفكرة الفسخ بالإرادة المنفردة، فالبائع يمكنه اعتبار عقد البيع مفسوخًا إذا أخل المشترى بالتزامه بتسلم المبيع المنقول فى الأجل المحدد، دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء أو إعذار المشترى، وذلك بطبيعة الحال ما لم يكن عدم قيام المشترى بتسلم المبيع راجعاً لفعل البائع[1].

ووفقًا للقواعد العامة فى القانون، إذا لم يتفذ المشترى التزامه بتسلم المبيع، فللبائع أن يلجأ إلى التنفيذ العينى بعد الإعذار، بأن يطلب ترخيصًا من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان التنفيذ ممكناً، ويكون التنفيذ على نفقة المدين بإيداع المبيع فى المكان الذى يعينه القاضى إذا كان الشئ المبيع مما يتسير نقله دون مشقة أو عناء، وإذا كان المبيع معدًا للبقاء حيث وجد، أو كان لا يتيسر نقله إلا بمشقة، جاز للقاضى أن يضعه تحت الحراسة على نفقة المشترى. وإذا كان المبيع من المنقولات سريعة التلف أو التى تحتاج إلى نفقات باهظة فى إيداعها أو حراستها، جاز للقاضى أن يأمر ببيعه، فإذا كان مما يسرع إليه التلف بصورة لا تسمح باللجوء إلى القضاء، فإنه يجوز للبائع أن ينفذ الالتزام على نفقة المشترى دون ترخيص من القضاء[2].

وإذا انتهى الأمر ببيع المبيع فى البيع المدنى، فإن حصيلة البيع تودع خزينة المحكمة، ولا يحق للبائع أن يخصم منها الثمن والمصروفات، بل يتعين عليه للحصول على حقه أن يقوم بالتنفيذ على المبلغ، وفقاً للقواعد العامة[3].

ولم يأخذ المشرع المصرى بما ذهب إليه القانون المدنى الفرنسى من الفسخ بإرادة البائع المنفردة جزاء الإخلال بالالتزام بالتسلم، وقصر الفسخ بإرادة البائع على حالة عدم دفع الثمن بمقتضى المادة ٤٦١ مدنى[4]. ويخضع الفسخ لإخلال

---

(١) د. محمد حسن قاسم، نحو الفسخ للإرادة المنفردة – قراءة فى التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، المرجع السابق، ص ٩٧ و٩٨.

(٢) د. حسام الأهوانى، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٨٣٧و ٨٣٨.

(٣) د. حسام الأهوانى، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٨٣٨.

(٤) د. حسام الأهوانى، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٨٣٨.

المشترى بالتزامه بالتسلم للقواعد العامة، ما لم يوجد أى شرط فاسخ. و يحق للبائع المطالبة بتعويض ما أصابه من أضرار.

٤٦ـ إنقاذ العقد وشروط إعادة بيع البضاعة وفقاً للمادة ١٠٠:

ولما كانت البيوع التجارية ترد على سلع وبضائع سريعة التداول، ولا تتحمل الإجراءات الطويلة لرفع دعاوى الفسخ[١]، وكانت مصلحة البائع أن ينتهى من الصفقات القديمة؛ ليتفرغ للبحث عن صفقات جديدة[٢]، رصد المشرع التجارى فى المادة ١٠٠ تجارى إجراءات مبسطة تكفل الحفاظ على مصلحة البائع واقتضاء حقوقه.

وتجيز المادة السابقة للبائع أن يطلب بأمر على عريضة من القاضى المختص الإذن ببيع الشئ محل العقد الذى رفض المشترى استلامه، وذلك بعد إخطار الأخير ومنحه مهلة يحددها القاضى. ويحدث البيع بالكيفية التى يحددها القاضى، ويجوز له أن يأمر ببيع الأشياء القابلة لتلف سريع دون تحديد مهلة أو أخطار. وإذا كان المشترى قد دفع الثمن كاملاً، فإن البائع يلتزم بإيداع حصيلة البيع فى خزينة المحكمة، حتى يسوى النزاع بينه وبين المشترى.

والمشرع التجارى ـ فى المادة ١٠١ ـ **لم يجز اللجوء إلى تطبيق الجزاءات المدنية؛ رغبة منه فى الحفاظ على العلاقة العقدية، إلا بعد اتباع ثلاثة إجراءات: الأول:** إثبات حالة المبيع. **الثانى:** إنذار المشترى بتسلم المبيع فى خلال مهلة يحددها

---

(١) ويقرر البعض فى ظل سريان القانون التجارى القديم أن ثمة عرفًا تجاريًا يكون للبائع بمقتضاه اعتبار العقد مفسوخاً بقوة القانون دون حاجة إلى إعذار، فى حالة عدم استلام المشترى البضائع فى الميعاد المتفق عليه. د. على يونس، العقود التجارية، المرجع السابق، ص ٤٣٣؛ د. حسنى المصرى، العقود التجارية، المرجع السابق، ص ٨٧
- ونعتقد أنه مع وجود هذا العرف فإن النزاع القضائى يكون متصورا فى غالبية الأحوال، فى ظل عدم وجود تنظيم تشريعى يراعى حقوق الطرفين من ناحية وطبيعة عقد البيع التجارى من ناحية أخرى.

(٢) د. على سيد قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٣٨.

القاضى[1]. **الثالث**: الحصول على إذن من القضاء؛ لبيع الشئ محل العقد. يصدر بناء على طلب من البائع يأخذ شكل أمر على عريضة. ويجوز للقضاء الأمر ببيع الأشياء القابلة لتلف سريع دون تحديد مهلة أو إخطار.

ولا يعد الأمر ببيع البضاعة تخليًا من المشرع عن منهجه فى تفادى انهيار العلاقة ما دام أحد طرفيها قد أظهر نيته فى التخلص منها، بيد أن المشرع وهو يعطى للطرف المضرور الحق فى اتخاذ الإجراءات المدنية يراعى الطبيعة الخاصة للنشاط التجارى، فيمنح المضرور الوسيلة الملائمة والسريعة التى يقتضى بها حقه والتى تصل به إلى نتائج تقارب التنفيذ الطبيعى للعقد. فبدلاً من الفسخ سواء القضائى الذى يستغرق وقتاً طويلاً، أو الفسخ بالإرادة المنفردة الذى يكون غالباً محل نزاع والذى يعقبه إعادة الأوضاع إلى ما كانت، تجيز المادة ١٠٠ من قانون التجارة للبائع أن يبيع السلع التى رفض المشترى استلامها بأمر على عريضة يصدر على وجه السرعة.

ولم تتعرض المادة ١٠٠ من قانون التجارة لحق البائع فى التعويض عن فارق السعرين، سعر العقد وسعر إعاده البيع، وذلك على خلاف المادة ٩٨ من قانون التجارة والمتعلقة باعادة البيع عند عدم وفاء المشترى بالثمن . وفى رأينا أن سكوت المشرع لا ينتقص من حق البائع فى هذا التعويض وفقًا للقواعد العامة.

٤٧ ـ الالتزام بالتسلم فى اتفاقية فيينا ١٩٨٠:

تحدد المادة ٦٠ من اتفاقية فيينا ١٩٨٠ مضمون التزام المشترى بالتسلم فى أمرين: **الأول**: القيام بجميع الأعمال التى يمكن توقعها منه، بصورة معقولة؛ لتمكين البائع من القيام بالتسليم، من ذلك ـ مثلاً ـ الحصول على المستندات اللازمة؛ لاستيراد البضاعة أو إعداد وسائل نقلها من مخازن البائع فى الحالات التى تقتضى ذلك أو إرسال مندوب عنه؛ لفحص البضاعة قبل شحنها متى

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة.

اشترط ذلك فى عقد البيع[1]. **الثانى**: أخذ البضاعة فعلاً وبشكل مادى تحت سيطرته وفى حيازته.

ويجوز للبائع، متى تخلف المشترى عن تنفيذ التزام من التزاماته المقررة قانوناً، أن يتمسك بالحقوق المقررة فى المواد ٦٢ إلى ٦٥ من الاتفاقية ومن بينها التنفيذ العينى والفسخ وتكملة مواصفات البضاعة. هذا إلى جانب حق المطالبة بالتعويض؛ لتغطية الضرر الذى قد يصيب البائع بسبب تخلف المشترى عن التنفيذ، وهو حق تكميلى يضاف إلى الحقوق الأصلية[2]. ويجوز للمشترى الإعراض عن الجزاءات الأصلية والاكتفاء بالمطالبة بالتعويض كجزاء وحيد عن الاخلال بالتنفيذ[3].

ويجوز للبائع الذى فسخ العقد ثم أعاد بيع البضاعة التى رفض المشترى استلامها دون مبرر سائغ أن يلزم المشترى بالفرق بين السعر الذى ورد فى عقد البيع والسعر الذى تقاضاه مقابل إعادة البيع. هذا إلى جانب التعويض المستحق، طبقًا للقاعدة الواردة فى المادة ٧٤. ويشترط للحصول على فارق السعر أن يتم إعادة البيع، أو مايطلق عليه الصفقة البديلة، بطريقة معقولة وخلال فترة معقولة بعد الفسخ (المادة ٧٥ من اتفاقية فيينا).

وإذا فسخ العقد، وكان هناك سعر جار للبضاعة، جاز للبائع، إذا لم يعد البيع، وفقاً للمادة ٧٥ أن يحصل على الفرق بين السعر المحدد فى العقد و السعر الجارى وقت الفسخ، وكذلك أية تعويضات أخرى مستحقة، طبقاً للمادة ٧٤ (المادة ١/٧٦ من اتفاقية فيينا).

وتختلف اتفاقية فيينا عن قانون التجارة المصرى فى أنها لا تتطلب الحصول على إذن القضاء؛ لإعادة البيع من جهة، كما أنها تعطى للبائع – على

---

(١) د. محمود سمير الشرقاوى، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص ١٧٧.

(٢) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، المرجع السابق، ص ٢٠٢ و ٢٠٣.

(٣) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، المرجع السابق، ص ١٧٠.

نحو صريح – الحق فى فارق السعرين إلى جانب التعويضات المستحقة من جهة أخرى.

ويفترض التعويض استناداً إلى الصفقة البديلة عدم اتباع الطرف المضرور الطريق الأصلى فى التعويض، على أساس الخسارة التى وقعت والكسب الذى فات.

المبحث الثالث

إنقاذ العقد والالتزام بالبيع بثمن مفروض

٤٨ـ فرض سعر أدنى لإعادة البيع بين قانون التجارة وقانون حماية المنافسة:

إذا بالغ التاجر فى رفع ثمن السلعة، فقد يعزف عنها الجمهور، ويقبل على غيرها، أما إذا بالغ فى الخفض، فإن ذلك يلقى ظلالاً من الشك حول جودتها، وهوما يؤدى إلى انصراف الجمهور عنها[١].؛ لذلك قد يفرض البائع شرطاً يلزم المشترى، والفرض أنه تاجر يشترى السلعة؛ ليبيعها، بأن يتقيد عند إعادة البيع بثمن معين، ويحظر عليه البيع بأقل منه، وهو ما يسمى البيع بثمن مفروض (Clause de prix imposé)[٢]. ويهدف البائع من هذا الشرط ضمان ترويج السلعة والمحافظة على قيمتها لدى الجمهور[٣].

وقد استقر القضاء الفرنسى على صحة هذا الشرط بالنسبة للسلع غير الضرورية التى تحميها علامة تجارية مسجلة[٤]، بيد أن القانون الفرنسى الحالى يحظر فرض سعر أدنى لإعادة البيع، على أساس أنه ممارسة تقوض مبدأ حرية

---

(١) د. حسنى المصرى، العقود التجارية فى القانون الكويتى والمصرى والمقارن، المرجع السابق، ص ٨٩.

(٢) د. على سيد قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، ص ٣٩ و٤٠.

(٣) د. حسنى المصرى، العقود التجارية فى القانون الكويتى والمصرى والمقارن، المرجع السابق، ص ٨٩.

(٤) د. على سيد قاسم، المرجع السابق، ص ٤١. وأنظر الأحكام العديدة للقضاء الفرنسى التى أوردها فى هامش الصفحة المذكورة.

المنافسة[1] ، ويفرض عقوبة الغرامة على المخالف، ويرى الفقه أن المشترى يعفى من التزامه إذا كان الوفاء به صار مستحيلاً، فإذا طرح المنتج البائع ـ مثلاً ـ نوعاً جديداً من السلعة، يكون من آثاره انخفاض قيمة النوع القديم، فلا محل لإلزام المشترى بالثمن المفروض[2].

ولم يكن التقنين التجارى الملغى يحدد مدى مشروعية هذا الشرط ونطاقه، وهو ما كان يعرض عقود البيع التى تتضمن هذا الشرط لاحتمال القضاء بفسخها مع التعويض إذا لم ينفذ المشترى التزامه بعدم تجاوز الثمن المفروض[3]. ولم يكن الخلاف مقصوراً على النزاع بين البائع والمشترى، بل امتد ليشمل خلفاء الأخير[4].

ومن ثم حرص المشرع المصرى على تفادى تقويض العقد بين البائع والمشترى، من خلال رصد تنظيم كامل للشرط ويتجسد فى قاعدتين:

الأولى: تتمثل فى عدم جواز الاتفاق على إلزام المشترى بعدم تخفيض الثمن عن حد معين عند إعادة البيع إذا كان المبيع سلعة تحميها علامة تجارية مسجلة تميزها. غير أنه يجوز للقضاء الحكم ببطلان هذا الشرط متى تعلق بسلع

---

(١) المادة ٧ من الأمر الفرنسى الصادر فى أول ديسمبر ١٩٨٦، وحالياً المادة ٤٤٢/ ٥ من قانون التجارة الفرنسى.

Bénabent (A.), Droit civil, Les Contrats spéciaux civils et Commerciaux, op. cit., P. 62, n° 127.

(٢) **Bénabent (A.), op. cit., p. 62, n° 127.**

(٣) أكثم الخولى، دروس فى القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٣١ و٣٢.

(٤) وقد تعددت الآراء فى كون ورثة التاجر المشترى ملتزمين بشرط البيع بالثمن المفروض. أو غير ملتزمين به، فاتجه البعض إلى القول بأن هذا الشرط لايلزم سوى التاجر المشترى، فى حين ذهب البعض الآخر إلى التزامهم بهذا الشرط تأسيساً على نظرية الاشتراط لمصلحة الغير لدى قسم من هذا الفقه، أو استناداً إلى تمتع البائع المنتج بنوع من الحق العينى يخوله إلزام الجميع بالسعر المفروض لدى قسم آخر.

أنظر فى عرض هذه النظريات وتحليلها:

د. أكثم الخولى، دروس فى القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٣٢؛ د. حسنى المصرى، العقود التجارية فى القانون الكويتى والمصرى والمقارن، المرجع السابق، ص ٩٠.

ضرورية للاستهلاك الشعبى ؛ رعاية لمصلحة الطبقات محدودة الدخل (م ١٠٣/١)[1]. **الثانية**: تتصل بعدم سريان شرط البيع بسعر مفروض فى مواجهة خلفاء المشترى إلا إذا علموا به أو كان فى مقدورهم العلم به (م ١٠٣/ ٢).

ونعتقد أنه يتعين ألا يتخذ طرفا العقد هذا الشرط وسيلة لتقويض مبدأ حرية المنافسة وهدمه ؛ إعمالاً للمادة السابعة من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ بإصدار قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية التى تحظر الاتفاقيات الرأسية التى تحد من المنافسة[2]، وتنص المادة السابقة على أنه "يحظر الاتفاق أو التعاقد بين الشخص وأى من مورديه أو من عملائه، إذا كان من شأنه الحد من المنافسة".

---

(١) د. على البارودى – د. محمد فريد العرينى، القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٣٣.

(٢) انظر فى أشكال الاتفاقات المقيدة للمنافسة:
د. لينا حسن زكى، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار، دراسة مقارنة فى القانون المصرى والفرنسى والأوربى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥ – ٢٠٠٦، ص ٧٧ وما بعدها.

الباب الثانى

مظاهر إعادة التوازن والمراكز غير المتكافئة

فى البيع التجارى

٤٩ـ المراكز غير المتكافئة والطبيعة الخاصة لبعض البيوع التجارية:

يتبين من تحليل بعض أشكال البيوع التجارية أن المراكز العقدية لأطرافها تعانى من عدم التكافؤ. ففى البيع بالتقسيط ـ مثلاً ـ فإن سهولة حصول المشترى على السلعة مقابل قسط زهيد تدفعه إلى قبول بعض الشروط التى يفرضها البائع عليه، وهى شروط قد تكون صحيحة، وفقاً للقواعد العامة، ولكنها تعكس مركزًا غير متكافئ للمشترى يستحق حماية خاصة من المشرع التجارى. والأمر نفسه يتكرر بأشكال وصور أخرى فى عقد التوريد و عقد البيع بالمزاد أو بطريق التصفية.

وتتعدد مصادر عدم التوازن، فقد يكون مرجعها استعمال أحد الطرفين لحقوقه المقررة، وفقاً للقواعد العامة، كالفسخ والإنهاء، على نحو لايتفق مع طبيعة بعض العقود أو وجود بعض الشروط التعسفية أو عدم فاعلية الضمانات الممنوحة لأحد الطرفين، بما يعرضه لمخاطر عديدة وغيرها. وتتعدد كذلك أشكال عدم توازن العلاقات العقدية، فقد ترد على مركز أحد المتعاقدين أو كليهما، سواء أكانت فى العقد برمته أم تجاه التزام محدد.

وقد رصد المشرع التجارى لمواجهة مشكلة اختلال التوازن أو عدم التكافؤ المواد من ١٠٤ إلى ١١٨ من قانون التجارة التى أسماها المشرع بأحكام خاصة ببعض أنواع البيوع التجارية. ويرجع عدم التوازن أساساً إلى الطبيعة الخاصة لبعض البيوع التجارية؛ لذلك كان المشرع حريصاً على أن يربط نطاق التطبيق بأمرين: **الأول**: يتمثل فى سريان الأحكام الخاصة بالبيع التجارى على بعض أنواع البيوع دون غيرها، وهى البيوع التى تعانى من اختلال توازن مراكزها العقدية، وتتمثل فى: عقد البيع بالتقسيط والبيع بالمزايدة العلنية أو

بالتصفية وعقد التوريد. **الثانى**: يتجسد فى عدم اشتراط أن يكون تجارياً بالنسبة لطرفيه، ويكفى أن يكون أحدهما تاجراً فقط (م ١٠٤). فالهدف الذى يسعى إلى تحقيقه ـ وهو إعادة التوازن للبيع التجارى ـ يرتبط بطبيعة العقد، وليس بصفة أطرافه. أما تطلب التجارية لأحد الطرفين، فهو معيار لاختصاص القانون التجارى.

وبناءً على هذا نقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول على النحو التالى:

الفصل الأول: مظاهر إعادة التوازن والمراكز غير المتكافئة في البيع بالتقسيط.

الفصل الثانى: مظاهر إعادة التوازن والمراكز غير المتكافئة فى البيع بالمزاد أو بطريقة التصفية.

الفصل الثالث: مظاهر إعادة التوازن والمراكز غير المتكافئة فى التوريد.

الفصل الأول

مظاهر إعادة التوازن والمراكز غير المتكافئة فى البيع بالتقسيط

٥٠ ـ التعريف وبيان مصادر عدم التوازن:

البيع بالتقسيط: أحد أشكال البيوع الائتمانية، ويتميز بأن أحد عناصره، وهو الثمن لا يدفع فوراً، كما لا يدفع مرة واحدة بعد أجل معين، وإنما يأخذ طابعاً دورياً، إذ يدفع على أقساط قد تكون شهرية أو ربع سنوية أو سنوية إلخ.

ويساعد البيع بالتقسيط البائعين على زيادة حجم مبيعاتهم وتعظيم أرباحهم، نتيجة الجاذبية التى يحظى بها من المستهلكين، إذ يمكنهم شراء السلعة مقابل ثمن موزع على أقساط بسيطة تتناسب مع دخولهم. ومع ذلك فإن هذا البيع يتسم بعدم التكافؤ، ويحمل مخاطر عديدة لطرفيه[1]: **فمن ناحية** فإن انتقال ملكية الشئ المبيع وتسليمه للمشترى تعرض البائع لمخاطر إعسار المشترى وإفلاسه وتصرفه فى الشئ المبيع قبل سداد الثمن، وهى مخاطر لا تصلح القواعد العامة لمواجهتها، **ومن ناحية أخرى**، فإن إغراء الحصول على السلعة ذات القسط الزهيد يدفع المشترى إلى قبول الشروط التعسفية التى يفرضها البائع عليه والمتعلقة بالفسخ والتعويض وغيرها، وهى شروط قد تكون صحيحة، وفقاً للقواعد العامة، ولكنها فى البيع بالتقسيط تعكس مركزًا غير متكافئ يستحق حماية خاصة من المشرع التجارى.

وترصد المواد من ١٠٥ إلى ١٠٧ من قانون التجارة القواعد الكفيلة بإعادة التوازن بين المراكز التعاقدية فى البيع بالتقسيط. وكان المشرع ينظم البيع

---

(١) راجع فى ذلك:
د. محمود مختار بريرى، قانون المعاملات التجارية، الالتزامات والعقود التجارية، المرجع السابق، ص ١٥٦؛ د. على البارودى – د. محمد فريد العرينى، القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٣٥؛ د. على سيد قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٤٤.

بالتقسيط بمقتضى القانون ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ الذى لا يزال سارياً فى حدود لا تتعارض مع التنظيم الجديد فى قانون التجارة، ولن نتناول أحكام قانون ١٩٥٧ إلا بالقدر الذى يخدم موضوع بحثنا.

وفى ضوء ما سبق ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: البيع بالتقسيط وحماية المشترى.

المبحث الثانى: البيع بالتقسيط وحماية البائع.

المبحث الأول

البيع بالتقسيط وحماية المشترى

٥١ ـ أولاً: تقييد أحكام الفسخ لمصلحة المشترى:

رصد المشرع التجارى مجموعة من القواعد تمثل استثناءً على أحكام الفسخ المقررة فى القواعد العامة، سواء أكانت من حيث الشروط أم الآثار، وذلك بهدف حماية مصلحة المشترى فى مواجهة البائع، على النحو التالى:

٥٢ ـ أ ـ شروط الفسخ:

يرتب البيع بالتقسيط على عاتق طرفيه جميع الالتزامات التى يرتبها عقد البيع العادى، ومن بينها التزام المشترى بالوفاء بأقساط الثمن المتفق عليها. فإذا لم يف المشترى بالوفاء بهذا الالتزام، فإن القواعد العامة فى القانون المدنى تجيز للبائع بعد إعذار المشترى أن يطالب بفسخ العقد مع التعويض، إن كان له مقتض(م ١٥٧ مدنى). ويجوز للقاضى فى هذه الحالة أن يمنح المدين أجلاً، إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ، إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته (م ١٥٧/ ٢ مدنى). ويجوز للطرفين الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه (م ١٥٨ مدنى).

ووفقاً لهذه القواعد، فإن الفسخ يقع مهما كان حجم الجزء المنفذ من الالتزامات. ولا يغير من ذلك الرخصة المتاحة للقضاء فى رفض الفسخ، إذا كان

غير المنفذ قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته ؛ لسببين الأول : أن المشرع لم يحدد بدقة حجم هذا القدر غير المنفذ، الثانى : أن رفض الفسخ يعتمد — فى هذه الحالة — على السلطة التقديرية للقاضى.

و تفادياً للآثار الشديدة التى يرتبها الفسخ على عاتق المشترى الذى يفى بالجزء الأكبر من الثمن[1] ؛ قررت المادة ١٠٥ من قانون التجارة أنه إذا لم يدفع المشترى أحد أقساط الثمن المتفق عليه، فلا يجوز الحكم بفسخ البيع، إذا تبين أنه نفذ خمسة وسبعين فى المائة من التزاماته. وينصرف مصطلح (التزاماته) — بطبيعة الحال — إلى التزامات المشترى بالوفاء بالثمن فقط دون أى التزامات أخرى ؛ لأن النص لا يعالج سوى تلك المسألة[2].

ولا يعطى النص القانونى للقاضى أى سلطة تقديرية فى رفض الفسخ فى حالة تنفيذ المشترى خمسة وسبعين فى المائة من التزاماته. ويجوز للبائع — فى هذه الحالة — أن يلجأ إلى القواعد العامة ؛ لاقتضاء الثمن غير المدفوع، دون استخدام حق الفسخ.

٥٢ ـ بد آثار الفسخ:

حثاً للمشترى على الوفاء بأقساط الثمن فى البيع بالتقسيط يحرص البائعون على النص فى عقود البيع على حقهم فى الاحتفاظ بما دفع من أقساط فى حال فسخ البيع للتخلف عن الوفاء بالأقساط. وتجيز المادة ٤٣٠/ ١ مدنى هذا الشرط، فتقرر أنه إذا كان الثمن يدفع أقساطًا، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع، إذا لم توف جميع الأقساط.

---

(١) انظر فى ذلك:
د. على البارودى — د. محمد فريد العرينى، القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٣٦ ؛ سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، المرجع السابق، ص ٣٧٥ ؛ د. حسنى المصرى، العقود التجارية فى القانون الكويتى والمصرى والمقارن، المرجع السابق، ص ١٠٦ ؛ د. على سيد قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٥٠.

(٢) قارن د. على سيد قاسم، قانون الاعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٥٠.

ويتقيد الحق فى الإتفاق على هذا الشرط، وفقًا للمادة سالفة الذكر، بأمرين: **الأول**: أن احتفاظ البائع بالأقساط المدفوعة فى حالة الفسخ يقتصر على جزء فقط منها، وليس بكل ما دفع من أقساط(1). **الثانى**: أن هذا الشرط يعد من قبيل التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى؛ لذا يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض متى قدرت أنه مبالغ فيه، وفقاً للأحكام المقررة فى المادة ٢٢٤/ ٢ مدنى التى تنظم سلطة القاضى حيال الشرط الجزائى(2).

ورعاية لمصلحة المشترى لم يشأ المشرع التجارى تبنى فكرة الحق المقيد، على أساس أن سلطة القضاء إزاء الشرط الجزائى سلطة جوازية(3)؛ لذا لجأ إلى سياسة تشريعية أخرى فى المادة ٢/١٠٥ المنظمة لشرط حصول البائع على جزء من الأقساط تتمثل فى عدم إباحته حماية للمشترى، ثم تحديد الحقوق المالية المقررة للبائع، فى حالة الفسخ، فى حقين فقط: الأول: أجرة الانتفاع بالمبيع. الثانى: التعويض عن التلف الذى لحق بسبب الاستعمال غير العادى للمبيع. هذه الحقوق هى التى تخصم من الأقساط التى قبضها البائع. ويتعين على القاضى أن يلزم البائع برد المبالغ الزائدة على ما يستحقه من الأقساط التى قبضها.

ورغبة فى ألا يستغل البائعون حاجة المشترى إلى الشئ المبيع فى التحايل على نص المادة ٢/١٠٥ بتقرير حكم مناقض له، بحجة أن إرادة الطرفين تعلو النص التشريعى، قررت المادة نفسها بطلان أى اتفاق على تحميل المشترى التزامات أشد من المقررة فيها.

٥٤ ـ ثانياً: تقييد شرط حلول الثمن بأكمله لمصلحة المشترى:

يجرى العمل فى البيع بالتقسيط على اشتراط حلول الثمن بأكمله عند إخلال المشترى بالتزامه بالوفاء بالأقساط المتفق عليها، وهو شرط صحيح إعمالاً

---

(1) د. حسنى المصرى، العقود التجارية فى القانون الكويتى والمصرى والمقارن، ص ٩٦.

(2) د. محسن شفيق، الوسيط فى القانون التجارى المصرى، الجزء الثانى، العقود التجارية – الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص ٢١.

(3) د. على البارودى – د. محمد فريد العرينى، القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٣٦.

لمبدأ سلطان الإرادة، بيد أن المادة ١٠٥/ ٢ ـ رعاية لمصلحة المشترى ـ استحدثت قاعدة جديدة مؤداها أن الاتفاق على حلول الثمن بأكمله لا ينفذ إلا بشرطين: الأول: تخلف المشترى عن دفع قسطين على الأقل. الثانى: أن يكون القسطان غير المدفوعين متتاليين[١].

ولم يعالج النص حالة تكرار تخلف المشترى عن الوفاء بقسط واحد فقط. وهو موقف قد يكون أشد وطأة على البائع من تخلف المشترى عن الوفاء بقسطين متتالين[٢].

المبحث الثانى

البيع بالتقسيط وحماية البائع

٥٥ـ أولاً: شرط الاحتفاظ بالملكية وحماية البائع:

الأصل أن الملكية تنتقل بمجرد العقد، حتى ولو كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً، فانتقال الملكية لا يرتبط بدفع الثمن، غير أن تطبيق هذه القاعدة فى البيع بالتقسيط من شأنه تعريض مصلحة البائع للخطر فى حالة امتناع المشترى أو عجزه عن دفع الثمن أو بعض الأقساط. فامتياز البائع على المبيع المنقول يرتبط بوجوده تحت يد المشترى، فإن تصرف فيه الأخير إلى شخص حسن النية فقد البائع امتيازه[٣]. هذا فضلاً عن أن الفسخ قد يصطدم بعقبات كثيرة يحمى بها القانون حقوق المشترى، ومن بينها القيد الوارد فى المادة ١٠٥ من قانون التجارة[٤]، وقد لا يكون الحل الأمثل بالنسبة للبائع، إذ يرى أحيانًا أن مصلحته

---

(١) د. على قاسم، قانون الأعمال، المرجع السابق، ص ٥١.

(٢) فى هذا الاتجاه: د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنه ١٩٩٩، المرجع السابق، ص ٣٧٧.

(٣) د. حسام الأهوانى، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٢٧٢.

(٤) راجع الموضع الخاص بتقييد حق البائع فى الفسخ إذا كان المشترى قد أوفى خمسة وسبعين فى المائة من التزاماته.

تقتضى الإبقاء على العلاقة التعاقدية مع المشترى ؛ لما يتوقعه من أرباح قد يجنيها من وراء هذه الصفقة[1].

وتفادياً لهذه المخاطر يحرص البائعون على تضمين العقد شرطاً يحتفظون بمقتضاه بالملكية لحين الوفاء بأقساط الثمن جميعها، وقد أقر القانون المدنى صحة هذا الشرط، بما نصت عليه المادة ١/٤٣٠ من أنه "إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشترى موقوفاً على استيفاء الثمن كله، ولو تم تسليم المبيع".

وتبرز أهمية هذا الشرط فى أنه يوقف نقل ملكية المبيع إلى المشترى على سداد الأخير للثمن، وهو بهذا الوصف يولد حقوقاً للبائع المستفيد منه، لا تستتبع ممارستها– حتماً – فسخ العقد، وتسعى إلى إعادة التوازن الاقتصادى له[2]، فخشية المشترى من أن يجد نفسه ملتزماً برد المبيع إلى البائع، ولو كانت قيمته أعلى مما بقى مستحقاً فى ذمته تمثل أحد الضمانات المهمه التى يكفلها الشرط للبائع، تسمح له أن يفرض على المشترى احترام التزاماته العقدية، وأخصها الوفاء بالثمن[3].

وحرص المشرع التجارى على تنظيم آثار شرط الاحتفاظ بالملكية فى المادة ١٠٦ تجارى ؛ رعاية لمصلحة البائع ؛ بما لا يخل بأية حقوق أخرى. ويمكن توزيع آثار الشرط على ثلاثة أقسام على النحو التالى:

٥٦ ـ أ ـ آثار الشرط فيما بين المتعاقدين:

إذا اتفق طرفا العقد على احتفاظ البائع بملكية المبيع لحين دفع جميع أقساط الثمن، فلا نكون بصدد بيع موقوف على شرط، ذلك أن المعلق فى

---

(١) د. حسين الماحى، آثار شرط الاحتفاظ بالملكية فى البيع التجارى الائتمانى، دار أم القرى – المنصورة، ١٩٩٥، ص ٥٢.

(٢) د. حسين الماحى. آثار شرط الاحتفاظ بالملكية فى البيع التجارى، المرجع السابق، ص ٥٤.

(٣) د. حسين الماحى، آثار شرط الاحتفاظ بالملكية فى البيع التجارى، المرجع السابق، ص ٣٠.

هذا البيع هو انتقال الملكية وحده، أما سائر آثار العقد فتترتب عليه فور انعقاده.[1]

وتقرر المادة ١٠٦ من قانون التجارة أنه متى أوفى المشترى بالتزامه بسداد القسط الأخير يكتسب هذه الملكية. ورغم سكوت النص عن بيان تاريخ انتقال الملكية، فإن القواعد العامة تقضى بأنه متى تحقق شرط الوفاء بالثمن، فإن الملكية تثبت للمشترى بأثر رجعى يعود إلى تاريخ إبرام العقد[2]. وفى هذا تقضى المادة ٤٣٠/ ٣ مدنى بأنه "إذا ما وفيت الأقساط جميعاً، فإن انتقال الملكية إلى المشترى يعتبر مستنداً إلى وقت البيع".

وإذا تخلف المشترى عن الوفاء بأقساط الثمن، فإن هذا يرتب مسئوليته العقدية، ويملك البائع مجموعة من الوسائل تساعده على استيفاء حقه بعضها تقرره القواعد العامة، كدعوى الوفاء بالثمن أو فسخ العقد، وثمة وسيلة يوفرها شرط الاحتفاظ بالملكية، وهى الاسترداد الوقتى للمبيع[3].

ويتحمل المشترى تبعة هلاك المبيع من وقت تسليمه إليه[4]؛ ولهذا إذا هلك المبيع أو تلف بعد تسليمه إلى المشترى، تحمل الأخير تبعة الهلاك، ولو لم تنتقل إليه الملكية، إذ لا يربط القانون المصرى تبعة الهلاك بانتقال الملكية[5].

---

(١) د. حسام الأهوانى، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٢٧٢.

(٢) د. على سيد قاسم، المرجع السابق، ص ٥٠؛ د. حسنى المصرى، العقود التجارية فى القانون الكويتى والمصرى والمقارن، المرجع السابق، ص ٩٨؛ د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنه ١٩٩٩، المرجع السابق، ص ٤٣٠؛ د. أشرف عبد الرازق، الوسيط فى البيع بالتقسيط، دار النهضة العربية، ص ٢٨٤.

(٣) د. حسين الماحى، أثار شرط الاحتفاظ بالملكية فى البيع التجارى، المرجع السابق، ص ٤١.

(٤) المادة ١٠٦ من القانون التجارى.

(٥) د. حسام الأهوانى، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، المرجع السابق، ص ٤٥٦؛ د. أشرف رمضان، انتقال تبعة الهلاك فى عقد البيع الدولى للبضائع وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولى للبضائع (فيينا ١٩٨٠)، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ٦٨.

٥٧ ـ ب ـ آثار الشرط فى مواجهة الغير:

لا تجيز المادة ١٠٦ / ٢ من القانون التجارى الاحتجاج بشرط احتفاظ الملكية فى مواجهة الغير إلا إذا كان الشرط مدوناً فى ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التى يتخذها الدائنون على المبيع. وهذا الحكم يتفادى قيام المدين بالتواطؤ مع شخص آخر، بادعاء الأخير ملكيته لمال يدخل ضمن الضمان العام لدائنيه استناداً إلى عقد بيع بالتقسيط لم ينشأ فى الحقيقة إلا بعد نشوء حق الغير أو بعد شروعه فى التنفيذ على أموال مدينه[١]. ويسعى المشرع – من خلال الحكم السابق – إلى تحقيق التوازن بين مصلحة البائع فى أن يتنفع بآثار الشرط ومصلحة الغير كدائنى المشترى فى استرداد حقوقهم من مدينهم، فأجاز نفاذ هذا الشرط فى مواجهة الغير، وفى ذات الوقت تطلب لإعمال هذا الحكم أن يكون هذا الشرط ثابت التاريخ، وأن يكون هذا التاريخ سابقاً على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ[٢].

٥٨ ـ جـ ـ آثار الشرط فى مواجهة جماعة الدائنين:

وإذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية يتعطل أثره جزئياً فى مواجهة الغير، فإنه يتعطل كلية فى حالة إفلاس المشترى، فلا يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع أو استرداد المبيع، كما يسقط حقه فى الامتياز المقرر للبائع (م ٦٣١ تجارى)،[٣] ولا يبقى أمامه سوى الدخول بباقى الثمن المستحق له فى تفليسة المشترى بوصفه

---

(١) حسنى المصرى، العقود التجارية فى القانون الكويتى والمقارن، المرجع السابق، ص ١٠٠.

(٢) راجع مناقشات مجلس الشعب بجلسة ١٩٩٨/٢/١٧ عند مناقشة المادة ١٠٦، مشار إليها فى مؤلف د. محمد إبراهيم خليل، قانون التجارة الجديد وأعماله التحضيرية معلقاً على نصوص بآراء الفقه وأحكام القضاء، طبعة نادى القضاة، ١٩٩٩ – ٢٠٠٠، ص ١٩١.

(٣) وقد أكدت المادة ٢/١٠٦ من القانون التجارى عدم الإخلال بأحكام الإفلاس، وينصرف ذلك إلى حكم المادة ٦٣١ وما يرتبط بها.

دائناً عادياً[1]. وترجع الحكمة فى إهدار مصلحة البائع إلى أن إعمال أثر الشرط يفضى إلى إهدار لمبدأ المساواة بين الدائنين. وينتقد البعض موقف المشرع بالتخلى عن مصلحة البائع، فى الوقت الذى يفقد فيه كل ضماناته القانونية، ويصبح فى أشد الحاجة إلى إعمال آثار الشرط[2].

٥٩ ـ ثانياً: حظر التصرف فى المبيع وحماية البائع:

حماية للبائع من ضياع حقوقه حظرت المادة ١٠٧/ ١ من قانون التجارة على المشترى التصرف فى المبيع قبل أداء الأقساط جميعها، إلا بإذن مكتوب من البائع، وهو حظر تخضع مخالفته لنوعين من الجزاءات: أحدهما مدنى، والآخر جنائى.

٦٠ـ أ ـ الجزاءات المدنية:

تتمثل هذه الجزاءات المدنية فى أمرين:

الأول: أن التصرف الذى يجريه المشترى لا يكون نافذاً فى حق البائع، إذا أثبت الأخير أن المتصرف إليه كان عالماً وقت إجراء التصرف بعدم أداء الثمن كله (م ١٠٧/ ١). وهذا الحكم يأخذ جانب البائع حتى يتمكن من مباشرة حقوقه ومن بينها، حق الامتياز وحق استرداد الشئ المبيع عند الفسخ[3]. ويفترض هذا الحكم عدم وجود شرط الاحتفاظ بالملكية فى عقد البيع بالتقسيط، فإذا وجد هذا الشرط، وكان ثابت التاريخ وسابقاً على تصرف المشترى فى المبيع إلى الغير، فإن التصرف لا ينفذ فى حق البائع، دون حاجة إلى إلزامه بإثبات علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف بعدم وفاء المشترى للثمن بأكمله[4].

---

(١) د. على البارودى ود. محمد فريد العرينى، المرجع السابق، ص ٣٧؛ د. حسنى المصرى، العقود التجارية فى القانون الكويتى والمصرى والمقارن، المرجع السابق، ص ٩٩.

(٢) د. على سيد قاسم، قانون الاعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٥٢.

(٣) على قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٤٩.

(٤) د. على البارودى و د. محمد فريد العرينى، القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٣٨.

الثانى: يحق للبائع متى تصرف المشترى فى المبيع قبل أداء الثمن بأكمله ودون إذن مكتوب منه أن يطالب المشترى بأداء الأقساط المتبقية فوراً (م ١٠٧/ ٢). ويفيد هذا الحكم البائع فى الأحوال التى يعجز فيها عن إثبات علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف بعدم وفاء المشترى بالثمن كله. فالمتصرف إليه حينئذ يمكنه الاستفادة من قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية، ولا يكون أمام البائع سوى مطالبة المشترى بأداء باقى الأقساط فوراً[1].

٦١ - ب - الجزاء الجنائى:

ويعد مخالفة الحظر جريمة يعاقب عليها المشترى بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويسرى على هذه الجريمة حكم المادة ١٨ مكرر (أ) من قانون الإجراءات الجنائية[2]. وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة، إذا حدث الصلح أثناء تنفيذها، ولو بعد صيرورة الحكم باتاً[3].

وتقوم الجريمة فى حق المشترى إذا توافرت شروط ثلاثة: **الأول**: تصرف المشترى فى السلعة بأى نوع من أنواع التصرفات، ويشمل ذلك نقل الملكية بالبيع أو المقايضة أو الهبة أو الشركة أو غيرها. **الثانى**: أن يكون التصرف دون إذن سابق من البائع. **الثالث**: أن يقع التصرف قبل تمام الوفاء بالثمن[4].

---

(١) د. على البارودى و د. محمد فريد العرينى، القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٣٨.

(٢) تنص المادة ١٨ مكرر (أ) على أنه " للمجنى عليه – ولوكيله الخاص – فى الجنح المنصوص عليها فى المواد .... وفى الأحوال الأخرى التى ينص عليها القانون أن يطلب إلى النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال إثبات صلحه مع المتهم، ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية، ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر، ولا أثر للصلح على حقوق المضرور من الجريمة".

(٣) المادة ١٠٧/ ٣ من قانون التجارة.

(٤) د. أكثم الخولى، دروس فى القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٥٦ و٥٧.

الفصل الثانى
مظاهر إعادة التوازن والمراكز غير المتكافئة
فى البيع بالمزايدة العلنية أو بطريق التصفية

٦٢ ـ مظاهر اختلال التوازن:

يحقق البيع بالمزايدة العلنية ميزة كبيرة للبائعين، نتيجة تنافس المتزايدين وما يؤدى إليه من رفع سعر المنقولات موضوع البيع، إلا أنه لا يخلو من مخاطر عديدة تلحق بمصالح طرفى العقد، فقد لا يتمكن المشترون من إجراء المعاينة المناسبة للأشياء المبيعة، أو تقييم هذه الأشياء تقييمًا غير موضوعي، أو يكون المزاد وهمياً يراد به خداع الجمهور أو الاستيلاء على المبيع بسعر بخس[1]، وقد يتهرب المشترى من سداد الثمن بعد رسو المزاد عليه؛ **لذلك حرص المشرع على رصد الأحكام الكفيلة بتحقيق حماية مصالح المتعاملين، سواء البائعون أو المشترون**، فاستلزم إجراء المزادات من خلال خبراء متخصصين فى ذلك، وفى الصالات والأماكن التى يحددها القانون[2]، وأحاط البيع بمجموعة من الضمانات التى تحقق تكافؤ العلاقة بين طرفيه.

ولم تقتصر الحماية القانونية على بيع المنقولات المستعملة بالمزاد العلنى، وإنما امتدت أيضاً إلى بيع المنقولات الجديدة بالمزايدة أو بالتصفية فى المحال الجديدة. وترجع الحكمة فى تنظيم البيوع الأخيرة إلى توفير الحماية القانونية للجمهور الذى قد ينخدع ببعض الدعايات المغرضة، فيقبل على الشراء ثم يفاجأ بأن ثمن ما اشتراه لا يقل عن نظيره فى السوق، إن لم يزد عليه[3].

---

(١) د. على سيد قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق ص ٥٣.

(٢) د. محمود مختار بريري، قانون المعاملات التجارية، الالتزامات والعقود التجارية، المرجع السابق، ص ١٦٤.

(٣) د. على البارودى – د. محمد فريد العرينى، القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٤٣.

ويرصد المشرع المواد من ١٠٨ إلى ١١٤ من قانون التجارة لتنظيم البيع بطريق التصفية أو المزايدة العلنية، وهو تنظيم تكمله القواعد الواردة فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ التى لا تتعارض مع أحكامه[١]. ولن نتناول أحكام القانون الأخير إلا بالقدر الذى يخدم موضوع بحثنا.

وبتحليل نصوص قانون التجارة السابقة يتبين أنها تهدف إلى إعادة التوازن بين المراكز غير المتكافئة فى نوعين من البيوع، نتناولهما فى مبحثين هما:

المبحث الأول: إعادة التوازن والبيع بالمزايدة العلنية للمنقولات المستعملة.

المبحث الثانى: إعادة التوازن والبيع بالمزايدة العلنية أو بالتصفية فى المحال التجارية.

المبحث الأول

إعادة التوازن والبيع بالمزاد العلنى للمنقولات المستعملة

٦٣ ـ إعادة التوازن بين النطاق والقواعد:

نظم المشرع التجارى فى المواد من ١١٠ إلى ١١٤ من قانون التجارة بيع المنقولات المستعملة بالمزاد العلنى، وهو تنظيم تكمله القواعد الواردة فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ التى لا تتعارض مع أحكامه[٢]، وقد أخضع المشرع هذا البيع لمجموعة من القواعد تهدف إلى حماية طرفى البيع بعضها يتعلق بتحديد نطاقه (المطلب الأول)، وبعضها الآخر يتصل بتنظيم قواعده (المطلب الثانى).

المطلب الأول

نطاق البيع بالمزاد العلنى

٦٤ ـ قواعد ثلاث:

لا يسرى التنظيم القانونى المنصوص عليه فى قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ وفى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ على كل حالات البيع عن طريق المزايدة العلنية، وإنما يواجه بيوعاً تتوفر فيها سمات خاصة هى:

---

(١) د. على قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٥٣.

(٢) د. على قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٥٣.

٦٥ـ أولاً: المزاد العلنى بين البيع الاختيارى والبيع الجبرى:

تطلب القانون التجارى أن يكون البيع اختيارياً (م ١١٠/ ٢). وترجع الحكمة في ذلك إلى أن البيع الجبرى يخضع لأحكام قانون المرافعات، ويحدث تحت إشراف القضاء، على نحو يكفل حماية مصالح المشترين، فى حين لا توفر الأحكام العامة للبيع فى القانون المدنى حماية مماثلة للمشترين، وهو ما يستدعى تدخل المشرع بالحماية. وقد حرصت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ على بيان الحكمة من تنظيم هذا البيع بأنه يشوبه ضروب من الغش تضر بمصالح الجمهور وتشوه سمعة التجار[1].

وينصرف البيع الاختيارى إلى كل بيع يقع بناء على طلب أطرافه، دون أن يكون مفروضاً بنص تشريعى أو حكم قضائى.

٦٦ـ ثانياً: وقوع البيع بالمزاد العلنى:

يفترق البيع بالمزاد العلنى عن البيع بالممارسة، فالبائع فى الحالة الأخيرة يحق له اختيار المشترى وتحديد ثمن البيع، ويكون الأمر خاضعاً للتفاوض. أما فى المزاد العلنى، فإنه ليس للبائع الحق فى هذا الاختيار، ويكون الثمن هو العنصر الأساسى فى تحديد الطرف الثانى فى العقد، وهو المشترى. ويصفه البعض بأنه طريقة موضوعية وتلقائية لتحديد المشترى والثمن[2].

وحدد القانون فى المادة ١١٠/ ٢ المقصود بالبيع بالمزايدة العلنية بأنه كل بيع اختيارى يجوز لكل شخص حضوره، ولو اشترط لحضور المزايدة دفع مقابل أو اقتصر الحضور على طائفة معينة من الأشخاص. وعلى ذلك يجب **أولاً**: أن يكون البيع بطريق المزاد، أى بعرض المنقولات للمزايدة العلنية، بحيث يقع البيع

---

(١) راجع المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧؛ د. أحمد فتحى عبد الحليم، المركز القانونى للخبير المثمن، رسالة من كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٠٧.

(٢) د. أحمد فتحى عبد الحليم، المركز القانونى للخبير المثمن، المرجع السابق، ص ١٤٠ و١٤١.

لمن يقدم أعلى عطاء فى جلسة المزايدة التى تكون علنية. ويتعين **ثانياً**: أن تكون المزايدة عامة، بحيث يجوز لكل شخص أن يشترك فيها، ولا يتناقض مع شرط العمومية أن تحدد طائفة معينة يسمح فقط لأعضائها بالحضور، مثل التجار أو الموظفين أو الرياضيين، ما دام حق الاشتراك فى المزايدة مكفولاً لأى شخص ينتمى إلى هذه الطائفة. أما إذا حدد من لهم حق الاشتراك فى المزاد بأسمائهم أو بعددهم، فلا يعد البيع من قبيل المزاد العلنى[1].

٦٧ ـ ثالثاً: قصر محل البيع على المنقولات المستعملة:

لا تسرى أحكام البيع بالمزاد العلنى على بيع المنقولات الجديدة، ويقتصر على المنقولات المستعملة، ويقصد بها جميع الأموال المنقولة التى تكون قد انتقلت حيازتها للمستهلك بأى سبب من أسباب الملكية، بحيث يتسنى استعمالها، حتى ولو لم يستعملها فعلاً.

وينتقد الفقه[2] التعريف السابق الذى أخذ به المشرع المصرى[3]؛ لسببين: **الأول**: أنه يربط الاستعمال بالحيازة مع أن واقعة الحيازة غير كافية، بل يجب أن تقترن الأخيرة بالاستعمال الفعلى للمنقول من جانب المستهلك. **الثانى**: أنه يشترط أن يكون انتقال الحيازة بسبب من أسباب كسب الملكية، مع أنه لا تلازم بين الحيازة والملكية[4]. ويرى البعض الآخر أن اشتراط أن يكون بائع المنقول مالكاً وحائزاً فى آن واحد يعد من الضمانات الجوهرية للمشترى الراسى عليه المزاد، فإذا كان البائع المالك للمنقول غير حائز له، فلا حق له فى دخول المزاد[5].

---

(١) د. أكثم الخولى، دروس فى القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٤٨.
(٢) د. أكثم الخولى، دروس فى القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٤٨ و٤٩.
(٣) تقرر المادة ١ / ٣ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ أنه "ويقصد بالمنقولات المستعملة جميع الأموال المنقولة التى تكون قد انتقلت حيازتها للمستهلك بأى سبب من أسباب كسب الملكية".
(٤) د. على قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٥٤ و٥٥؛ د. أكثم الخولى، دروس في القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٤٩.
(٥) د. على حسن يونس، العقود التجارية، المرجع السابق، ص ٥٣.

المطلب الثانى

نظام البيع بالمزاد العلنى

٦٨ـ تمهيد:

يرصد المشرع مجموعة من القواعد لتنظيم البيع بالمزاد العلنى حماية لمصالح طرفيه وحرصاً على تحقيق التوازن المنشود، ويترتب على مخالفتها جزاءات مدنية وجنائية:

٦٩ ـ أولاً: حصر قواعد البيع:

يتقيد البيع بالمزاد بمجموعة من القواعد تتمثل فى الآتى:

٧٠ ـ أ ـ تقييد حرية المتابعين فى التعامل المباشر:

حفاظاً على مصالح طرفى العقد، لم يسمح لهم المشرع بالتعامل المباشر، بل تطلب توفر الشرطين التاليين: **الأول:** أن يقع البيع بواسطة خبير مثمن مقيد فى السجل الخاص المعد لذلك[١]، **والثانى:** أن يجرى البيع فى صالة مخصصة لهذا الغرض أو فى المكان الذى توجد فيه المنقولات أصلاً أو الذى يصدر به ترخيص من الوزير المختص أو من يندبه[٢].

٧١ ـ أ ـ ١ـ ضرورة البيع بواسطة خبير مثمن:

لا يجوز بيع السلع المستعملة إلا بواسطة خبير مثمن مقيد فى السجل المعد لذلك بوزارة التموين. والقصد من ذلك حماية المشترين والبائعين. فمن حيث المشترون، فإنهم لا يملكون القدرات والخبرات اللازمة لتحديد القيمة المبدئية للمنقولات المستعملة، بحيث لا تتسم بالمغالاة أو بالبخس، وهو ما يتكفل القيام به أهل الخبرة من الخبراء المثمنين المقيدين فى الجدول. أما بالنسبة للبائعين، فإن وجود الخبراء يمثل ضماناً لحصولهم على حقوقهم المالية، إذ

---

(١) المادة ١١٠/ ١ من قانون التجارة.

(٢) المادة ٢/ ١ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧.

يفرض القانون التزاماً على الخبير أو مستغل الصالة بحسب الأحوال بالوفاء بثمن المنقولات المستعملة للبائع[1].

وضماناً لتقدير المنقولات المستعملة تقديراً موضوعياً سليماً، لم يبح القانون لأى شخص مباشرة مهنة الخبير المثمن، وإنما قصر هذا العمل على المقيدين بالجدول المعد لذلك، بعد التأكد من توفر الشروط المتطلبة قانوناً (م ٩ و١٠ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٧٥).

ويحظر المشرع على الخبير المثمن تولى تثمين الأشياء المعروضة للبيع إذا كانت مملوكة له أو لزوجه أو لأحد فروعه أو أصوله أو أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة أو لتابعيه أو شركائه (المادة ١٣ / ١ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٥٧). ولا يجوز لطالب البيع أو الخبير المثمن الاشتراك بنفسه أو بواسطة غيره فى المزايدة على السلع المعروضة للبيع (م ١١٣ تجارى). وترجع الحكمة فى الحظر إلى حماية جمهور المزايدين من المغالاة فى رفع ثمنها، فى حالة اشتراك طالب البيع فى المزايدة، أو نتيجة لتواطئه مع الخبير، إ ذا ما كان لهذا الأخير حق الاشتراك فيها[2].

ويحظر على الخبير مزاولة التجارة، سواء أكانت لحسابه أم لحساب غيره إلا بترخيص من وزير التجارة أو من ينيبه، ومع ذلك يجوز له استغلال صالة مزاد باسمه بالشروط الواردة فى القانون (م ١٣ / ٢ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧).

ويستحق صاحب صالة المزاد أو الخبير المثمن أجراً أو عمولة تتحدد بنسبة معينة من الثمن وتحصل من البائع والمشترى. وتقرر المادة ١١٤ تجارى للخبير

(١) د. أحمد فتحى عبد الحليم، المركز القانونى للخبير المثمن، المرجع السابق، ص ١٤٧ و١٤٨؛ ووفقاً لأحكام المادة ٣٠ / ٣ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ يكون مستغل الصالة أو الخبير المثمن بحسب الأحوال مسئولا مباشرة عن أداء الثمن لمن أجرى المزاد لمصلحته.

(٢) د. على البارودى و د. محمد فريد العرينى، القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٤١.

المثمن حق امتياز على ثمن السلع التى يتولى بيعها بالمزايدة العلنية ؛ ضماناً للحصول على أجره أو عمولته.

ويرى الفقه أن الخبير المثمن يعد وكيلاً مأجوراً عن البائع فى بيع المنقولات المستعملة، إذ يجرى التصرف باسم موكله ولحسابه. ولا يغير من ذلك قيامه ببعض الأعمال المادية، مثل التثمين والإعلان عن البيع وغيرها، إذ تعد هذه الأعمال تابعة ولازمة لمباشرة العمل الأصلى محل الوكالة[1].

٧٢ ـ أ ـ ٢ ضرورة البيع فى المكان المحدد قانوناً:

يتعين أن يقع البيع بالمزاد فى الصالات المخصصة لهذا الغرض أو فى المكان الأصلى الذى توجد فيه المنقولات أو المكان الذى يصدر به ترخيص من وزير التموين والتجارة الخارجية. ويستثنى من هذا الحكم الأشياء المستعملة ذات القيمة الضئيلة التى لاتجاوز قيمتها خمسين جنيها (م ٢ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧).

وتمثل صالات المزاد السوق التى يجتمع فيها المتنافسون، ويتحقق من خلالها علانية عمليات البيع وشفافيتها، ويجب أن تكون مخصصة لهذا الغرض، وهو البيع بالمزايدة العلنية[2].

ويجيز القانون إجراء البيع خارج هذه الصالات، شريطة أن تجرى فى المكان الأصلى الذى توجد فيه المنقولات، أو يصدر ترخيص من وزير التموين بالمكان الذى يراد إجراء المزاد به، ويهدف هذا الحكم إلى حماية المشترى من أعمال الخداع والتضليل التى يقوم بها البائعون، وتتمثل فى نقل المنقولات من مكانها الأصلى إلى مكان آخر، كأحد القصور الراقية أو الفيلات الفخمة ؛ للإيهام بأنها ذات قيمة مالية كبيرة[3].

(١) د. أحمد فتحى عبد الحليم، المركز القانونى للخبير المثمن، المرجع السابق، ص ٢٠٠ ؛ د. عبد الفضيل محمد أحمد، الإفلاس والعقود التجارية، المرجع السابق، ص ٣٤٠.

(٢) د. أحمد فتحى عبد الحليم، المركز القانونى للخبير المثمن، المرجع السابق، ص ١٥٧.

(٣) د. أحمد فتحى عبد الحليم، المركز القانونى للخبير المثمن، المرجع السابق، ص ١٥٦.

وإذا حدث البيع فى المكان الأصلى الذى توجد فيه المنقولات، فيجب أن يقتصر البيع على هذه المنقولات دون غيرها من المنقولات المملوكة لغير الشخص الذى أجرى المزاد لمصلحته (م ٣٠ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧).

٧٣ ـ ب ـ الإعلان عن البيع بالمزايدة.

يتعين النشر عن البيع فى جريدتين يوميتين: إحداهما باللغة العربية إذا زاد التقدير الابتدائى للمنقولات المعروضة للبيع عن ألفى جنيه، ويكون النشر قبل ثلاثة أيام على الأقل من التاريخ المحدد للبيع (م ٤ من القانون رقم ١٠٠٠ لسنة ١٩٥٧) ويقع الالتزام بالنشر على عاتق الخبير المثمن[١].

ويهدف المشرع من هذا الحكم إلى إعلام الجميع بما يضمن اشتراك أكبر عدد من الراغبين فى الشراء، وعلى نحو يحقق مصلحة البائع بالوصول إلى أعلى سعر بين المتزايدين[٢].

٧٤ ـ جـ ـ معاينة المنقولات المستعملة محل المزايدة:

يتعين تمكين الجمهور من معاينة المنقولات وتخصيص ميعاد لتنفيذ ذلك، قبل حلول جلسة البيع بالمزاد[٣]. وتهدف هذه المعاينة إلى تعرف راغبى الشراء على المنقولات محل البيع وفحصها وتقييمها. وتمثل أحد الضمانات المتاحة للمتزايدين. وفى المقابل، فإن البائع يسقط عنه الالتزام بالضمان، ولا يحق للمشترى أن يدعى عدم علمه بالشئ المبيع، ولو لم يحضر المعاينة[٤]. ويبقى الالتزام قائماً، إذا لم يُمكن المتزايدون من المعاينة، ولو علموا بالعيب من طريق آخر[٥].

---

(١) د. عبد الفضيل محمد أحمد، الافلاس والعقود التجارية، المرجع السابق، ص ٣٣٨.
(٢) د. أحمد فتحى عبد الحليم، المركز القانونى للخبير المثمن، المرجع السابق، ص ١٣٤.
(٣) م ٤ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧.
(٤) د. عبد الفضيل محمد أحمد، الافلاس والعقود التجارية، المرجع السابق، ص ٣٣٨.
(٥) د. عبد الفضيل محمد أحمد، الافلاس والعقود التجارية، المرجع السابق، ص ٣٣٩.

٧٥ـ د ـ إرساء المزايدة:

يلتزم الخبير المثمن بإدارة جلسة البيع بالمزاد وإرساء المزايدة على من يقدم أعلى سعر. ولا يجوز للخبير المثمن أن يمتنع عن إرساء المزايدة إلا فى الحالتين الآتيتين: (أ) إذا اقتصرت المزايدة على السلعة على شخص واحد. (ب) إذا لم تصل نتيجة المزايدة إلى الثمن الأساسى (م ١١٢ تجارى).

وامتناع الخبير فى الحالة الأولى أمر منطقى، إذ لا يتصور أن يزايد الشخص على نفسه، ولا تتحقق الحكمة من البيع من خلال زيادة السعر للوصول إلى الثمن العادل. أما الامتناع فى الحالة الثانية، فيهدف إلى عدم مخالفة شروط طالب البيع، بأن لا يقل البيع عن الثمن الأساسى[١].

٧٦ـ هـ ـ ضمانات وفاء المشترى بالثمن:

ينشئ البيع بالمزاد العلنى على المشترى الراسى عليه المزاد التزاماً بدفع نصف الثمن فوراً وفى جلسة المزاد، على أن يدفع الباقى عند تسليم المبيع إليه. ويجب أن يحدث التسليم خلال ثلاثة أيام من انتهاء المزايدة، ما لم تتضمن شروط طالب البيع خلاف ذلك[٢]. **والمشرع التجارى بهذا الحكم يحقق التوازن بين حقوق البائع فى اقتضاء الثمن، فيربط تسليم المبيع بأداء باقى الثمن[٣] وحقوق المشترى فى تسليم المبيع خلال فترة وجيزة، فيلزم الخبير المثمن بالتسليم خلال ثلاثة أيام من انتهاء المزايدة.**

وعند تخلف المشترى عن أداء ما تبقى من الثمن، أو إذا امتنع عن تسلم المبيع فى الميعاد المحدد، فإن القواعد العامة فى القانون المدنى تقضى بأن يجبر المدين على تنفيذ التزامه عيناً، بعد إعذاره، متى كان ذلك ممكناً، أو يطلب البائع

---

(١) د. على البارودى ود. محمد فريد العرينى، القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٤٢ ؛ د. أحمد فتحى عبد الحليم، المركز القانونى للخبير المثمن، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

(٢) المادة ١١١/ ٦ من قانون التجارة.

(٣) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة.

فسخ العقد مع التعويض عن الأضرار التي لحقته. وحماية لحقوق البائع، فرض المشرع التجارى على الخبير المثمن التزاماً بإعادة البيع على مسئولية المشترى المتخلف عن الوفاء بالتزاماته بطريق المزايدة العلنية أيضاً، ولا تقبل المزايدة منه[1].

فإذا رست المزايدة الثانية بثمن أقل من الثمن فى المزايدة الأولى، التزم المشترى المتخلف عن الدفع بالفرق. أما إذا رست بثمن أكبر فتكون الزيادة من نصيب البائع (م ١١١/ ٣ تجارى). وأساس هذا الحكم لدى الفقه أن المشرع يعتبر العقد مفسوخاً عند عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المحدد؛ ولذلك يتيح إعادة بيع المنقول. ويمثل فارق الثمن تعويضاً للبائع يلتزم المشترى بدفعه فالبيع الثانى يقع على مسئوليته. أما الزيادة فهى حق للبائع؛ لأن البيع الثانى يقع لحسابه بعد أن قرر القانون فسخ البيع الأول[2].

وتظهر المادة ١١١ تجارى أن المشرع قد غاير فى الجزاء القانونى المترتب على تخلف المشترى عن الوفاء بالثمن فى البيع التجارى بين أصحاب المراكز المتكافئة أى بين التجار، عن البيع بالمزايدة العلنية. ففى الحالة الأولى اشترط لإعادة بيع البضاعة وجوب إعذار المشترى قبل إعمال الجزاء القانونى، فى حين لم يتطلب هذا الشرط فى الحالة الثانية. ومرد ذلك أن المشرع فى الحالة الأولى يهدف إلى إنقاذ العلاقة العقدية، فلا يجيز تطبيق قواعد إعادة البيع إلا بعد التيقن من رغبة المشترى فى التنصل منها، فإذا لم يعدل المشترى عن سلوكه، فإن الحفاظ على العلاقة يكون من خلال وسيلة أخرى، وهى الوصول إلى نتائج تشبه التنفيذ العينى. أما فى الحالة الثانية، فإن المشرع يهدف ـ فى المقام الأول ـ إلى الحفاظ على حقوق البائع؛ لذلك لم يشترط الإعذار، وإن كان قد انتهج فى النهاية الوسيلة نفسها المتبعة فى المادة ٩٨؛ للحفاظ على حقوق البائع.

---

(١) المادة ١١١/ ٢ من قانون التجارة.

(٢) د. على البارودى و د. محمد فريد العرينى، القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٤٢.

ويكون مستغل الصالة أو الخبير المثمن مسئولاً عن أداء الثمن لمن أجرى المزاد لمصلحتة (م ٣٠ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧) وهو حكم قصد به المشرع حماية حقوق البائع.

٧٧ـ ثانياً: جزاء مخالفة شروط البيع بالمزاد:

ترصد المادة ٤٣ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ عقوبة جنائية على مزاولة مهنة الخبير المثمن دون ترخيص مسبق ؛ ولذلك فإن البيع بالمزاد الذى يقع دون تدخل الخبير المرخص له بذلك يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً[١].

أما القواعد الأخرى المتعلقة بنظام البيع والخاصة بالإعلان عن بيع المنقولات المستعملة بالمزاد العلنى وميعاد إجراء ذلك البيع وتحديد يوم للمعاينة وتعيين مكان حصول المزايدة واستلزام دفع نصف الثمن الراسى به المزاد وإعادة البيع على مسئولية المشترى المتقاعس، فإنها تستوجب بطلان البيع. غير أن هذا البيع لا يقع بقوة القانون، بل يكون لصاحب الشأن أن يتنازل عنه صراحةً أو ضمناً. ومرد ذلك ــ وفقاً لما جرى عليه قضاء محكمة النقض ــ أن القانون لم ينص فى شأن القواعد المتقدمة على جزاءات جنائية لمخالفتها مثلما فعل فى شأن غيرها، كتلك المتعلقة بتنظيم البيع بالتقسيط.

ومفاد ما سبق أن القواعد والإجراءات التى بينتها هذه النصوص القانونية إنما شرعت فى مجموعها لمصلحة صاحب الشأن الذى يكون له أن يتمسك عند مخالفتها مخالفة جوهرية بإبطال البيع ؛ درءاً لما يصيبه من ضرر، ومن ثم فهى لا تتعلق بالنظام العام، ويزول الأثر المترتب على مخالفتها، إذا تنازل عنه من شرع لمصلحته، سواء أكان هذا التنازل صراحة أم ضمناً[٢].

---

(١) فى هذا الاتجاه: د. عبد الفضيل محمد أحمد، الافلاس والعقود التجارية، المرجع السابق، ص ٣٣٩ ؛ د. أحمد فتحى عبد الحليم، المركز القانونى للخبير المثمن، المرجع السابق، ص ١٥٠.

(٢) نقض ١٣ مارس ١٩٧٣، مجموعة المكتب الفنى، س ٢٤، ص ٣٩٦.

المبحث الثانى

إعادة التوازن والبيع بالمزايدة العلنية أو بالتصفية فى المحال التجارية

٧٨ـ مخاطر بيع المنقولات الجديدة وضرورات حماية المشترى:

نظم قانون التجارة فى المادتين ١٠٨ و١٠٩ البيع بالمزاد العلنى أو بطريق التصفية فى المحال التجارية. وقد أوضحت المادة ١٠٩ أن محل البيع فى الحالتين هو السلع غير المستعملة، أى السلع الجديدة.

ويضاف إلى أحكام قانون التجارة القواعد المنصوص عليها فى الباب الثانى من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧، فى الحدود التى لا تتعارض مع المادتين ١٠٨ و١٠٩. وينظم الباب الثانى البيع بالمزاد العلنى أو عن طريق التصفية فى المحال التجارية فى المواد أرقام ٣٣ و٣٤ و٣٥. وقد بينت المذكرة الإيضاحية للقانون أن المشرع اهتم فى هذا الباب ببيان الأحكام المتصلة ببيع المنقولات الجديدة.

ولم يورد القانون تعريفاً للبيع بالمزاد العلنى للمنقولات الجديدة وبيع التصفية، بل يستخدم هذين المصطلحين مترادفين، وهو يفترق عن البيع بالمزاد العلنى للمنقولات المستعملة من عدة نواح: فالبيع الأخير يقع عن طريق خبير مثمن، فى المكان المحدد قانوناً، وبمراعاة الإجراءات المتطلبة لذلك، ولا يشترط أن يكون البائع تاجراً. أما بيع المنقولات الجديدة بالمزاد أو البيع بطريق التصفية فيكون بمعرفة التاجر نفسه وفى محله التجارى، وهو تاجر متخصص فى تجارة الصنف موضوع البيع[1]. **ويتدخل المشرع التجارى بقواعد خاصة فى هذا النوع من البيوع تختلف عن تلك المقررة فى حالة بيع المنقولات المستعملة، تهدف إلى حماية المشترى؛ حتى لا يبقى فى مواجهة التاجر بمفرده فى علاقة قانونية قد تكون مختلة التوازن.**

---

(١) د. عبد الفضيل محمد أحمد، الإفلاس والعقود التجارية، المرجع السابق، ص ٣٤٣.

ويتوخى التنظيم القانونى لهذا النوع من البيوع تحقيق أهداف عديدة:
أولاً: حماية جمهور المتعاملين الذى قد ينخدع بالدعاية التى تصاحب عملية البيع والتى تتضمن إعلاناً عن رغبة التجار فى تصفية بضائعهم أو بيعها بالمزاد العلنى، وهوما يدفعهم إلى الإقبال على الشراء معتقدين أن البيع يقع بثمن يقل عن سعر السوق، فى حين أن البيع يحدث بسعر السوق نفسه أو أكثر منه[1]. **ثانياً:** حماية الأسواق التجارية من الاضطراب الذى تحدثه هذه الطريقة من البيع التى تؤدى إلى الإضرار بالتجار المتنافسين[2]. **ثالثاً:** حماية المتعاملين ودائنى التاجر من بيع الأخير- عندما يوشك على الإفلاس ـ البضائع الموجودة لديه بالمزاد أو بطريق التصفية؛ للإسراع فى التخلص منها[3].

ومن ثم رصد المشرع التجارى مجموعة من القواعد؛ لتنظيم هذا النوع من البيوع حرصاً على تحقيق الأهداف السابقة، وذلك على النحو التالى:

٧٩ ـ أولاً: بيع المنقولات الجديدة بالمزاد العلنى بين الأصل والاستثناء:

تحظر المادة ١٠٩ من قانون التجارة على التاجر بيع المنقولات الجديدة التى يتاجر فيها بالمزايدة العلنية، إلا إذا توفر أحد الأسباب الآتية، ويشرط الإعلان عن السبب قبل المزايدة، وهى:

أ- تصفية المتجر نهائياً.

ب- تصفية أحد فروع المتجر.

ج- تصفية التجارة فى أحد الأصناف التى يتعامل فيها المتجر.

---

(١) د. على سيد قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٦٢؛ د. عبد الفضيل محمد أحمد، الإفلاس والعقود التجارية، المرجع السابق، ص ٣٤٢؛ د. على البارودى ود. محمد فريد العرينى، القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٤٣.

(٢) د. على سيد قاسم، قانون الأعمال، ، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٦٢.

(٣) د. على البارودى و د. محمد فريد العرينى، القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٤٣.

د- تصفية السلع التى يصيبها عيب ؛ بسبب حريق أو تسرب مياه أو غير ذلك من الأسباب.

هـ- حالة التصفية الموسمية، على أن تنتهى خلال أسبوعين على الأكثر.

ويلزم فى الحالات من (أ) إلى (د) أن يقع البيع خلال أربعة أشهر، كما يمتنع على التاجر مزاولة النشاط الذى انتهى بالتصفية قبل مضى سنة واحدة على الأقل من تاريخ انتهاء المزايدة (المادة ٣٣ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٥٧).

وإذا خالف التاجر الحظر سالف الذكر، وباع سلعة غير مستعملة بالمزاد فى غير الحالات الخمس المشار إليها، فإنه يتعرض للجزاء الجنائى المنصوص عليه فى المادة ٤٥ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧.

٨٠- ثانياً: البيع بطريق التصفية (أوكازيون) وضمانات الجدية:

يعتاد التجار على التخلص من بضائعهم فى نهاية الموسم تفادياً لتلفها أو لهبوط أسعارها، نتيجة ظهور أصناف جديدة أو متطورة أو أرخص ثمناً من السلع أو المنتجات[1] التى لديهم.

والأصل أن بيع السلع الجديدة بطريق التصفية غير جائز إلا فى الحالات التى يصح فيها بيعها بالمزاد العلنى، و بالشروط نفسها[2]. وتحظر المادة ٣٣ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ إجراء التصفية الموسمية إلا مرتين سنوياً: إحداهما فى شهر فبراير، والأخرى فى شهر أغسطس، على أن تحدث التصفية خلال أسبوعين على الأكثر. ويجوز بقرار من وزير التجارة تعديل هذه المواعيد. ويعتبر فى حكم التصفية الموسمية كل إجراء من شأنه الإعلان عن بيع السلع بأسعار مخفضة[3].

---

(١) المادة ٣٤ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ ؛ د. على قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٦٤.
(٢) المادة ٣٤ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧، د. على قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٦٤.
(٣) المادة ٢/١٠٨ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

ويجب على التاجر أن يعلن عن ثمن السلع المعروضة للبيع فى التصفية مقترناً به بيان عن الثمن الفعلى الذى كانت تباع به هذه السلع خلال الشهر السابق على التصفية[1] ؛ لمنع التضليل الحاصل فى بعض الحالات، حيث تعرض البضائع بالتصفية بثمن يزيد على الثمن الذى كانت معروضة به من قبل[2]. ويكون الثمن فى بيع التصفية محدداً منذ البداية ، أما فى البيع بالمزاد العلنى ، فإن الثمن يتحدد ، نتيجة للمنافسة بين المتزايدين[3].

(١) المادة ١٠٨ / ١ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.
(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧.
(٣) د. على سيد قاسم ، قانون الأعمال ، الجزء الرابع ، المرجع السابق ، ص ٦٤.

الفصل الثالث

مظاهر إعادة التوازن والمراكز غير المتكافئة فى التوريد

٨١ـ تأثير الدورية والانتظام على عدم تكافؤ المراكز:

عقد التوريد هو صورة خاصة من صور البيع التجارى[١]، ويعرف بأنه العقد الذى بمقتضاه يتعهد البائع ـ ويطلق عليه المورد ـ بتقديم أشياء معينة على فترات دورية منتظمة للمشترى، ويطلق عليه طالب التوريد، فى مقابل مبلغ معين من النقود. ومن أمثلته عقود توريد الأغذية والملابس والأدوات المدرسية للمدارس والمستشفيات أو توريد المواد الأولية للمصانع أو توريد الغاز أو المياه أو الكهرباء للمساكن[٢].

ويتصف عقد التوريد بالدورية والانتظام، فهو من العقود المستمرة التى يعتبر الزمن عنصراً جوهرياً فيها، وتنعكس تلك الطبيعة على أوضاع الطرفين فى العقد، **فمن ناحية**، فإن التزام المورد بتسليم البضاعة لفترة ممتدة من الزمن تدفعه إلى إبرام عقود أخرى تمكنه من الاستعداد لهذا التنفيذ بتصنيع كميات كبيرة من السلع محل العقد أو تعبئتها، **ومن ناحية أخرى** يعتمد نشاط طالب التوريد على السلع محل العقد، وقد يبرم عقداً لاقتراض الثمن مقابل التوريد، ولذلك فإن

---

(١) ويسير قضاء النقض على أن التوريد ليس عقداً قائماً بذاته، ولكنه يكون التزاماً يتضمنه عقد آخر، كعقد البيع، وفيه يتعهد البائع بتوريد المبيع فى المكان والزمان المتفق عليهما فى العقد. نقض ٢٧ يونيه ١٩٥٧، مجموعة المكتب الفنى، س ٨، ص ٦٤٢.

(٢) انظر فى تعريف التوريد:
- د. على البارودى ـ د. محمد فريد العرينى، القانون التجارى، العقود التجارية والعمليات المصرفية، المرجع السابق، ص ٤٤؛ د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، المرجع السابق، ص ٣٨٧؛ د. محمود مختار بريرى، قانون المعاملات التجارية، الالتزامات والعقود التجارية، المرجع السابق، ص ١٧٦؛ د. على قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٦٥.

فسخ العقد أو إنهاءه أو تعيين محله أو مدته تعسفًا أو تطبيقاً للقواعد العامة أمر يعد بالغ الضرر للطرفين أو لأحدهما، على ما سيبين لاحقاً.

من ثم تدخل المشرع؛ لإعادة التوازن للمراكز غير المتكافئة فى هذا العقد بمقتضى المواد من ١١٥ إلى ١١٨. وعدم التكافؤ قد يكون متحققاً للطرفين معاً، مثل الفسخ الذى يحق لأى من طرفى العقد طلبه عند عدم تنفيذ العقد؛ تطبيقاً للقواعد العامة، وقد يصيب حقوق أحد الطرفين فقط، سواء أكان المورد أو طالب التوريد، مثل شرط القصر الذى يفرض على طالب التوريد.

وفى ضوء ما سبق، رأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، على النحو التالى:

المبحث الأول: عقد التوريد والحماية المزدوجة للطرفين.

المبحث الثانى: عقد التوريد وحماية الطرف الضعيف.

المبحث الأول

عقد التوريد والحماية المزدوجة للطرفين

٨٢ ـ أولاً: حماية الطرفين من تبعات الفسخ:

يرتب عقد التوريد فى ذمة طرفيه الالتزامات نفسها المتولدة من عقد البيع، كالتزامات البائع بتسليم الشئ المبيع وبالمطابقة وبالضمان، وكالتزامات المشترى بدفع الثمن وتسلم المبيع. ويحق لكل طرف فى هذا العقد الدفع بعدم التنفيذ، إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته فضلاً عن الحق فى الفسخ.

وقد راعى المشرع التجارى أن المعقود عليه فى عقد التوريد هو الزمن، وأن التزامات المورد وطالب التوريد تحدث على فترات دورية منتظمة يتبادل فيها الطرفان الأداءات، فإذا تخلف أحدهما عن الوفاء بالتزامه تجاه الآخر بشأن أحد التوريدات واستخدم الآخر حقه فى فسخ العقد، وفقاً للقواعد العامة، فإن الطرف الآخر الذى رتب أوضاعه القانونية على أساس الوفاء بالتزامه فترة طويلة

من الزمن يلحقه بالتأكيد الضرر الجسيم من هذا الفسخ ؛ لذا تدخل بوضع قيود على استعمال أى من طرفى العقد لحقه فى الفسخ[1].

وبمقتضى المادة ١١٧ من القانون التجارى، فإنه إذا تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزاماته بشأن أحد التوريدات الدورية، فلا يجوز للطرف الآخر فسخ العقد إلا إذا كان من شأن التخلف عن التنفيذ إحداث ضرر جسيم له أو إضعاف الثقة فى مقدرة الطرف الذى تخلف عن التنفيذ على الاستمرار فى تنفيذ التوريدات اللاحقة بانتظام.

فالأصل فى عقد التوريد عدم وقوع الفسخ فى حالة عدم وفاء أحد الطرفين بالتزاماته بشأن أحد التوريدات الدورية، حتى لا يستغل أحد الطرفين هذا السبب العارض فى التنصل من العلاقة العقدية القائمة على نحو يضر بمصالح الطرف الآخر[2]. والمشرع بهذا يحصر جزاء عدم الوفاء بالالتزام فى نطاق المسئولية العقدية، أى حق الطرف المضرور فى المطالبة بالتعويض[3].

ولا تعنى حماية أحد طرفى العلاقة العقدية التضحية بحقوق الطرف الآخر ؛ لذا اشترط المشرع لتطبيق القاعدة المقررة فى المادة ١١٧ بعدم وقوع الفسخ توفر أحد أمرين: **الأول:** ألا يكون من شأن التخلف عن التنفيذ إحداث ضرر جسيم، وهى قاعدة منطقية ؛ لأن قاعدة حماية المتخلف عن تنفيذ التزامه درءاً للأضرار الناتجة من الفسخ يجب ألا تغفل أثر هذا التخلف على حقوق الطرف الآخر، فإذا ما ألحق به الضرر الجسيم، فإن مبررات الحرص على إعادة التوازن للمراكز غير المتكافئة، من خلال حظر الفسخ تكون منتفية. ويكون لأى من الطرفين استعمال حقه الأصيل فى الفسخ، وفقاً للقواعد العامة فى الجزاءات

(١) د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، المرجع السابق، ص ٣٩١.
(٢) راجع المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة.
(٣) د. على قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٦٨.

المدنية. **الثاني**: إذا أدى الإخلال الذى وقع بشأن أحد التوريدات إلى توفر أسباب جدية للاعتقاد بأن الطرف المخالف لن يتمكن من تنفيذ التوريدات اللاحقة بإنتظام. ومثال ذلك أن يكون سبب تخلف أحد الطرفين عن التزامه أزمة مالية لا تبشر بانفراج قريب أو خلاف مستحكم بين الشركاء يغلب معه الظن أن الطرف المتقاعس سيعجز عن الوفاء بالتزاماته المستقبلية[1]، ومن ثم لا يكون هناك مبرر لحماية الطرف المتقاعس، من خلال حظر الفسخ.

وإذا توفرت حالة من الحالتين السابقتين: الضرر الجسيم أو احتمال العجز المستقبلى، فإن الفسخ يقع بشأن الجزء غير المنفذ من العقد، سواء الذى تخلف المتعاقد عن تنفيذه فعلاً أو المستقبلى الذى لم يحل أجله. ويطلق على الفسخ فى الحالة الأخيرة الفسخ المبتسر؛ لأن الإخلال بالعقد لم يقع [2]. ولا يرتد أثر الفسخ إلى الماضى فيما تم تنفيذه من الأداءات؛ تطبيقاً لقاعدة عدم جواز إعمال الأثر الرجعى للفسخ فى العقود الزمنية[3].

٨٢ ـ ثانياً: حماية الطرفين من الإنهاء التعسفى للعقد:

يؤثر الإنهاء المفاجئ لعقد التوريد ـ بلا شك ـ على مصالح طرفيه، **فمن ناحية** يصبح طالب التوريد مفتقداً للأشياء محل العقد التى يعول عليها فى مباشرة نشاطه، ويعوزه الوقت للتعاقد مع مورد آخر، ومن ناحية أخرى تضطرب

---

(١) قارن بشأن اتفاقية فيينا ١٩٨٠:
د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، المرجع السابق، ص ٢٣١.

(٢) د. خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولى للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، المرجع السابق، ص ٢٨١.

(٣) د. حسام الأهوانى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٤٢٨.
وتتواتر أحكام النقض المصرية على أن عقد المدة يأبى بطبيعته فكرة الأثر الرجعى؛ لأن الزمن فيه مقصود لذاته بوصفه أحد عناصر المحل الذى ينعقد عليه.
نقض مدنى ١٩٧٩/٢/٧، مجموعة المكتب الفنى، س ٣٠ ص ٤٩١؛ نقض مدنى ١٩٨٩/٣/٦، س ٣٠، ص ٧٣٥.

أوضاع المورد الذى استعد لتنفيذ التزامه بالتوريد خلال فترة زمنية، من خلال إبرام عقود شراء مواد أولية؛ لتصنيعها أو تهيئتها، ويصعب عليه تصريف منتجاته بالتعاقد مع مشترين جدد فى زمن قصير؛ لذا تدخل المشرع التجارى برصد القواعد الكفيلة بحماية طرفى العقد من الإنهاء المفاجئ للعقد من قبل أحدهما تجاه الطرف الآخر.

وتقرر المادة ١١٦/ ١ تجارى أنه إذا تضمن العقد أجلاً للتوريد، فالمفروض أن هذا الأجل قد ضرب لمصلحة كل من المورد وطالب التوريد، ومن ثم فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بتعديله، بل يشترط لذلك تراضيهما. هذا ما لم يتضمن العقد صراحة ما يفيد أن الأجل مقرر لمصلحة أحد الطرفين[١].

وقد يترك الاتفاق لطالب التوريد تحديد أجل التوريد، وفى هذه الحالة يلتزم طالب التوريد بإخطار المورد بميعاد التوريد الذى يحدده فى وقت مناسب (م ١١٦/ ٢ تجارى)، وبديهى أن الميعاد المناسب هنا يقتضى من ناحية ألا يتراخى طالب التوريد فى تحديد أجل التوريد لمدة أطول مما تقتضيه طبيعة العقد، ويجرى عليه العرف فى هذا الشأن، ومن ناحية أخرى يجب أن يكون الإخطار قبل الأجل المحدد بمدة كافية تسمح للمورد بإعداد السلع محل التوريد ونقلها إلى طالب التوريد[٢].

وإذا لم يتفق على أجل للتوريد، جاز لكل من الطرفين، سواء المورد أو طالب التوريد إنهاء العقد فى أى وقت، بشرط إخطار الطرف الآخر فى وقت مناسب (م ١١٦/ ٣ تجارى).

ويخضع تقدير الوقت المناسب فى جميع الأحوال لتقدير القضاء، إذا نشب خلاف بين طرفى العقد. ويختلف التقدير من عقد لآخر

---

(١) راجع المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.
(٢) راجع المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

وفقاً لطبيعة الشئ محل التوريد وما يستلزمه من وقت لإعداده ونقله[1].

المبحث الثانى

عقد التوريد وحماية الطرف الضعيف

٨٤ ـ أولاً: حماية المورد عند تعيين المحل:

يهدف التوريد إلى إشباع حاجة دورية ومستمرة؛ ولذلك فإن العقد يشتمل غالباً على تحديد الكمية التى يلتزم المورد بتسليمها لطالب التوريد. وقد يلجأ الطرفان إلى وسيلة أخرى؛ لتعيين المحل بوضع معايير لتحديد الكمية الواجب توريدها، بدلاً من تحديدها نهائيًا.

فإذا اتفق على حد أدنى وحد أقصى للكمية التى يلتزم المورد بتوريدها، جاز لطالب التوريد تعيين الكمية التى تلزمه، بشرط أن تقع بين الحدين وأن يخطر بها المورد فى موعد مناسب، وإذا اتفق على الحد الأدنى وحده، كان لطالب التوريد تعيين الكمية التى تلزمه، بشرط أن لا تقل عن الحد الأدنى المتفق عليه، وأن يخطر بها المورد فى موعد مناسب (م ١١٥ تجارى).

وترجع الحكمة فى اشتراط إخطار المورد بالالتزام الواجب الوفاء به، وهو تسليم الكمية التى يحددها طالب التوريد، فى موعد مناسب إلى إعطاء المورد فسحة من الوقت؛ ليعد الكمية المطلوبة وتسليمها. ويخضع تقدير الميعاد المناسب عند النزاع لسلطة قاضى الموضوع مراعياً فى ذلك طبيعة موضوع عقد التوريد والعرف التجارى[2].

---

(١) د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، المرجع السابق، ص ٤٧٨؛ د. محمود مختار بريرى، قانون المعاملات التجارية، الالتزامات والعقود التجارية، المرجع السابق، ص ١٧٨.

(٢) د. سميحة القليوبى، شرح القانون التجارى المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، المرجع السابق، ص ٣٨٩.

٨٥ـ ثانياً: حماية طالب التوريد من شرط القصر:

يقترن عقد التوريد غالباً بشرط يلتزم طالب التوريد بمقتضاه بعدم التعامل مع أى مورد آخر، أى أن يقصر تعامله مع المتعاقد الآخر، وهو المورد، فيمتنع عليه التعاقد على شراء شئ مماثل لمحل العقد من الموردين الآخرين فى السوق. ويطلق على هذا العقد الوارد على تعاملات طالب التوريد المستقبلية بشرط القصر (Clause d'exclusivité). وقد يقيد الشرط حرية المورد التعاقدية لا طالب التوريد، فلا يحق له التعامل علي الأشياء محل العقد إلا مع الأخير دون غيره، وهو شرط صحيح متى كان موقوتاً من حيث الزمان[1].

وجاءت المادة ١١٨ من القانون التجارى بحكم يهدف إلى حماية طالب التوريد من شرط القصر التعسفي الذى قد يفرضه المورد فى العقد، فحظرت الشروط التى تقيد من حق طالب التوريد فى التعامل مع الغير فى شراء بضائع أو الحصول على خدمات مماثلة للبضائع أو الخدمات محل التوريد، مهما كانت الميزات التى يقررها المورد لطالب التوريد، إلا إذا كانت هذه الشروط محددة المدة، على ألا تجاوز هذه المدة خمس سنوات من تاريخ العقد. ويجوز تجديدها لمدة واحدة وباتفاق صريح يكون بعد انتهائها[2].

وإذا تضمن العقد شرطاً للقصر تتجاوز مدته خمس سنوات، فلا يترتب على ذلك جزاء مدني يلحق بالشرط أو بالعقد نفسه، وإنما ينحصر الأثر فقط فى إنقاص مدة العقد إلى المدة التى لا يجوز تعديها، وهى خمس سنوات[3].

ويوجه الفقه انتقاداً للمشرع التجارى فيما قرره من عدم جواز تجديد العقد أكثر من مرة، إذ كان الأجدر ترك هذه المسألة لإرادة الطرفين، فقد يرى

---

(١) انظر فى شرط القصر فى القانون الفرنسى:
Bénabent (A.), Droit civil, les Contrats spéciaux Civils et Commerciaux, op.cit., P. 57.

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة المصرى.

(٣) د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، ص ٣٩٢.

طالب التوريد أن مصلحته تتمثل فى تجديد العقد، كما لو تكبد نفقات ومصروفات لتجهيز المكان الملائم لعرض السلع التى يتولى توزيعها وللدعاية المناسبة لهذه السلع، وقد لا تسعفه فترتا القصر على استعادة ما أنفقه من أموال[1].

ولا يطبق نص المادة ١١٨ من قانون التجارة المنظمة لشرط القصر على عقود التوريد التى تبرم بمناسبة عمليات نقل التكنولوجيا أو تكون تابعة لها[2]. فالمادة ٧٥ من قانون التجارة تجيز إبطال كل شرط يرد فى عقد نقل التكنولوجيا، ويكون من شأنه تقييد حرية مستورد التكنولوجيا فى استخدامها أو تطويرها أو تعريف الإنتاج أو الإعلان عنه. وينطبق ذلك - خاصة - على الشروط التى يكون موضوعها إلزام المستورد بشراء المواد الخام أو المعدات أو الآلات أو الأجهزة أو قطع الغيار؛ لتشغيل التكنولوجيا من المورد وحده أو من المنشآت التى يعينها دون غيره. هذا ما لم تكن هذه الشروط قد وردت فى عقد نقل التكنولوجيا؛ بقصد حماية مستهلكى المنتج أو رعاية مصلحة جدية ومشروعة لمورد التكنولوجيا.

وتبرر المادة سالفة الذكر بأن شروط الشراء الإجبارى من مورد التكنولوجيا تمكن الأخير من التحكم فى حجم الإنتاج وتحديد ثمن المنتج، وهو ما يعمق من التبعية الدولية للشركات الموردة للتكنولوجيا[3].

---

(١) د. سميحة القليوبى، المرجع السابق، ص ٣٩٢؛ د. محمود مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٨٠؛ د. على قاسم، قانون الأعمال، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٦٩.

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة.

(٣) راجع بشأن تلك الشروط:

د. محمد إبراهيم موسى، النظام القانونى لعقود نقل التكنولوجيا، دراسة تحليلية انتقادية، مجلة الحقوق، العدد الثانى، ٢٠١١، ص ٦١٩؛ وكذلك مؤلف د. محمود الكيلانى، عقود التجارة الدولية فى نقل التكنولوجيا، ص ٣٨٠، مشار إليه فى مؤلف د. محمد إبراهيم.

خاتمة

٨٦ـ تنظيم البيع التجارى ومظاهر تجديد القواعد المستقرة فى القانون المدنى:

أعلى المشرع التجارى من قيمة الاتفاق بين المتعاقدين وجعل له الغلبة على نصوص القانون التجارى ذاته، ما لم يكن متعارضاً مع النظام العام، متأثراً فى ذلك بالاتجاهات الحديثة فى القوانين الأجنبية والاتفاقيات الدولية. بيد أن هذا المنحى الجديد لم يمنع المشرع من أن يتدخل لحماية الاقتصاد الوطنى من ناحية، والأخذ بيد الطرف الضعيف فى العلاقة العقدية من ناحية أخرى، مدفوعاً بالرغبة فى تفادى الأضرار التى تترتب على علاقات البيع التجارى التى تبرم فى ظل نظم الاقتصاد الحر وتحت سلطان القواعد العامة فى القانون.

وتتبلور أحكام التدخل التشريعى لتنظيم البيع التجارى فى قاعدتين: **الأولى** تتعلق بالبيع بين التجار لشئون تتعلق بالتجارة، أى بين مراكز متكافئة، ويهدف المشرع من تنظيمه إلى انقاذ العلاقة مما يهددها من مخاطر الإنهيار بوصفها قيمة مضافة للنشاط الاقتصادى يجب الحفاظ عليها، **والثانية** تتصل بالبيع الذى ينعقد بين مراكز غير متكافئة، فى بعض صور العقود الواردة على سبيل الحصر، والذى يكفى أن يكون أحد الطرفين فيه تاجراً، وترجع الحكمة من تنظيمه إلى علاج ما لحق به من اختلال فى التوازن.

وأفضى التنظيم الجديد للبيع التجارى إلى تغيير بعض المبادئ والقواعد الراسخة فى القانون المدنى، سواء فى نطاق البيع بين المراكز المتكافئة، أو فى إطار البيع بين المراكز غير المتكافئة.

ففى البيع التجارى المحض بين التجار لم يعد البيع باطلاً فى حالة عدم تعيين الثمن وعدم قابليته للتعيين[1]، وأتيح للبائع تحديد الأوصاف الثانوية للمبيع إذا تخلف المشترى عن التحديد بدلاً من طلب الفسخ والتعويض[2]، كما

---

(١) المادتان ٨٩، ٩٠ من قانون التجارة.

(٢) المادة ٩٢ من قانون التجارة.

أجيز للمشترى فسخ العقد بإرادته المنفردة إذا تخلف البائع عن تسلم المبيع[1].
فضلاً عما سبق حرص المشرع التجارى على استحداث جزاءات مدنية تترتب عند إخلال أحد الطرفين بالتزاماته، تؤدى إلى الإفادة من العقد والوصول إلى الهدف من إبرامه، من بينها تجزئة الفسخ فى حالة عقد البيع على دفعات[2]، وغيرها.

وفى البيع التجارى بين المراكز غير المتكافئة، لم يعد الحكم بفسخ البيع بالتقسيط جائزًا إذا تبين أن المشترى الذى تخلف عن سداد أحد اقساط الثمن نفذ خمسة وسبعين فى المائة من التزامه[3]، كما لايسرى الاتفاق على حلول الثمن باكمله فى هذا البيع إلا إذا تخلف المشترى عن دفع قسطين متتالين على الاقل[4].
وفى عقد التوريد إذا تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزاماته بشان أحد التوريدات الدورية فلا يجوز للطرف الاخر فسخ العقد إلا إذا كان من شأن التخلف عن التنفيذ إحداث ضرر جسيم له ،أو إضعاف الثقة فى مقدرة الطرف الذى تخلف عن التنفيذ على الاستمرار فى تنفيذ التوريدات اللاحقة بصورة منتظمة[5].
وحظر المشرع كذلك فرض شرط القصر على طالب التوريد إلا لمدة لا تجاوز خمس سنوات تجدد مرة واحدة[6]، وغيرها من الأحكام التى تبين أن التوجهات الحديثة للقانون المصرى فى تنظيم البيع التجارى أظهرت وجهًا جديدًا لعقد البيع تخالف أحكامه ــ فى كثير من الأحيان ـ القواعد الراسخة فى القانون المدنى.

---

(١) المادة ٩٦ من قانون التجارة.
(٢) المادة ٩٧ من قانون التجارة.
(٣) المادة ١٠٥/١ من قانون التجارة.
(٤) المادة ١٠٥/٣ من قانون التجارة.
(٥) المادة ١١٧ من قانون التجارة.
(٦) المادة ١١٨ من قانون التجارة.

مراجع البحث

أولاً: المراجع باللغة العربية:

١- د. **أحمد فتحي عبد الحليم**، المركز القانوني للخبير المثمن، رسالة من جامعة القاهرة، ١٩٩٦.

٢- د. **أشرف رمضان**، انتقال تبعة الهلاك في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا ١٩٨٠)، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.

٣- د. **أشرف عبد الرازق ويح**، الوسيط في البيع بالتقسيط، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني وقانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية

٤- د. **أكثم الخولي**، دروس في القانون التجاري، مطبعة نهضة مصر، ١٩٦١.

٥- د. **جمال عبد العزيز**، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة " فيينا ١٩٨٠"، رسالة من جامعة القاهرة، ١٩٩٦.

٦- د. **حسام الأهواني**، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ١٩٩٥.

٧- د. **حسام الأهواني**، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، ١٩٦٦.

٨- د. **حسام الأهواني**، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٩.

٩- د. **حسام الصغير**، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار الفكر الجامعي.

١٠- د. **حسام عيسى**، العقود التجارية، الجزء الأول، ١٩٩٩.

١١- د. **حسني المصري**، العقود التجارية في القانون الكويتي والمصري والمقارن، مكتبة الصفار، الكويت، ١٩٨٩- ١٩٩٠.

١٢- **د. حسين الماحى**، آثار شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع التجارى الائتمانى، دار أم القرى، المنصورة، ١٩٩٥.

١٣- **د. خالد أحمد عبد الحميد**، فسخ عقد البيع الدولى للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، مكتبة الاشعاع الفنية، ٢٠٠١.

١٤- **د. رمضان أبو السعود**، شرح العقود المسماه في عقدى البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠١٢.

١٥- **د. سميحة القليوبى**، شرح قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠.

١٦- **د. عبد الرزاق السنهورى**، الوسيط في شرح القانون المدنى، الجزء الرابع، العقود التى تقع على الملكية، البيع والمقايضة، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغى، منشأة المعارف، ٢٠٠٤.

١٧- **د. عبد الفضيل محمد أحمد**، الإفلاس والعقود التجارية طبقاً لأحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

١٨- **د. على البارودى – د. محمد فريد العرينى**، القانون التجارى، العقود التجارية والعمليات المصرفية وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١.

١٩- **د. على حسن يونس**، العقود التجارية، دار الفكر العربى، ١٩٦٢.

٢٠- **د. على سيد قاسم**، قانون الأعمال، الجزء الرابع، العقود التجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

٢١- **د. لينا حسن زكى**، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار، دراسة مقارنة في القانون المصرى والفرنسى والأوروبي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥ – ٢٠٠٦.

٢٢- **د. محسن شفيق**، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، "دراسة في قانون التجارة الدولى"، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.

٢٣- **د. محسن شفيق**، الوسيط في القانون التجارى المصرى، الجزء الثانى، العقود التجارية – الأوراق التجارية، الطبعة الثانية، ١٩٥٥.

٢٤- **د. محمد ابراهيم خليل**، قانون التجارة الجديد وأعماله التحضيرية معلقاً على نصوصه بآراء الفقه وأحكام القضاء، طبعة نادى القضاة، ١٩٩٩- ٢٠٠٠.

٢٥- **د. محمد ابراهيم موسى**، النظام القانونى لعقود نقل التكنولوجيا، دراسة تحليلية انتقادية، مجلة الحقوق، العدد الثانى، ٢٠١١.

٢٦- **د. محمد حسن قاسم**، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، مجلة الحقوق، العدد الأول، يناير ٢٠١٠.

٢٧- **د. محمود سمير الشرقاوى**، الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

٢٨- **د. محمود سمير الشرقاوى**، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولى للبضائع، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢.

٢٩- **د. محمود مختار بريرى**، قانون المعاملات التجارية، الالتزام والعقود التجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية:

1- ***Audit*** **(B.), La vente internationale de merchandises, convention des Nations Unies du 11 avr. 1980, LGDJ, 1990.**

2- ***Bénabent*** **(A.), Droit civil, les contrats spéciaux civils et Commerciaux, 9e édition, Montchrestien.**

3- ***Bouteloup*** **(M.), Vente Commerciale, Obligation de L'acheteur: Retirement, Juris – classeurs, Contrats – Distribution, Fasc. 370, 1992.**

4- ***Collart*** **Dutilleul (F.), et Delebecque (Ph.), Contrats Civils et Contrats Civils et Commerciaux, Dalloz, 2004.**

5- *Corbisier* (L.) la determination du prix dans les Contrats Commerciaux portent Vente de machandises, Réflexions Compartives, R.I.C. Comp. 1988.

6- *Dessemontet* (F.), Les Contrats de Vente Internationale de merchandises, Cedidac, Lausane, 1991.

7- *Ghestin* (j.),. L'indétermination du prix de vente et la Condition potestative, D. 1975, Chr. 293.

8- *Gross* (B.) Contrats-Vente Commercial- Chose Vendue- Prix, Juris- Classeurs- Contrato- Distubtion, Fasc, 260, 1983.

9- *Heuzé* (V.), La Vente Internationale de Marchandises, Droit Uniforme, GLN, Joly 1992.

10- *Huet* (j.), Traité de dorit Civil, Les Principaux Contrats Spéciaux, L.G.D.J., 1996.

11- *Plantamp* (Didier), Le Particularisme du remplacement dans La Vente Commercial, Rec. Dalloz 2000.

12- *Ripert (G.)* – Roblot (R.), Traité de droit commercial , tome 2, 12 e édition L.G.D.J..

13- *Rodière* (R.) et Oppetit (B.): Droit Commercial, Dalloz, 1977.

محتويات الجزء الأول

الموضوع	الصفحة
مقدمة	٥
الباب الأول **مظاهر الإنقاذ والمراكز المتكافئة فى البيع التجارى**	١٩
الفصل الأول: مظاهر إنقاذ العقد وتعيين المحل	٢١
المبحث الأول: إنقاذ العقد وتعيين المبيع	٢١
المبحث الثانى: إنقاذ العقد وتعيين الثمن	٢٦
الفصل الثانى: مظاهر إنقاذ العقد والتزامات البائع	٣٣
المبحث الأول: إنقاذ العقد والوفاء بالالتزام بالتسليم	٣٤
المطلب الأول: إنقاذ العقد وكيفية التسليم........................	٣٤
المطلب الثانى: إنقاذ العقد وانتقال تبعة الهلاك بالتسليم......	٣٧
المبحث الثانى: إنقاذ العقد والإخلال بالالتزام بالتسليم	٤١
المطلب الأول: إنقاذ العقد وحق المشترى فى الاستبدال........................	٤٢
المطلب الثانى: إنقاذ العقد وتجزئة التسليم على دفعات	٤٩
المطلب الثالث: إنقاذ العقد بين إنقاص الثمن وزيادته	٥٤
الفصل الثالث: مظاهر إنقاذ العقد والتزامات المشترى........................	٦٣
المبحث الأول: إنقاذ العقد والالتزام بالوفاء بالثمن	٦٣
المبحث الثانى: إنقاذ العقد والالتزام بتسلم المبيع........................	٦٨
المبحث الثالث: إنقاذ العقد والالتزام بالبيع بثمن مفروض........................	٧٤

الموضوع	الصفحة

الجزء الثانى

انقضاء عقد الوكالة التجارية

مقدمة

١ـ أولاً: مفهوم الوكالة التجارية وتطبيقاتها:

درج التجار منذ أمد بعيد على الاستعانة بوسطاء يعاونونهم على تصريف بضائعهم أو الحصول على ما يحتاجون إليه من سلع وخدمات، ويتوسطون بينهم وبين غيرهم من المنتجين والتجار، أو بينهم وبين المستهلكين، لاسيما فى الأماكن التى تبعد عن مركز إنتاج السلعة أو مراكز توزيعها بمعرفة المنتج. ويأتى فى مقدمة هؤلاء الوسطاء الوكلاء التجاريون.

ونظراً لأهمية الدور الذى تضطلع به فئة الوكلاء التجاريين فى مباشرة نشاط الوساطة التجارية، فقد تدخل المشرع المصرى فى قانون التجارة الجديد بوضع الأحكام المنظمة لمركزهم القانونى. وتنقسم الأحكام المنظمة للوكالة التجارية إلى قسمين: خصص الأول منهما للأحكام العامة التى تطبق على سائر أشكال الوكالة التجارية، ورصد الثانى لتنظيم نوعين مختلفين من الوكالة التجارية، وهما الوكالة بالعمولة ووكالة العقود[١].

---

(١) انظر فى أهمية وتنوع الوسطاء فى العقود التجارية:
Cousi (P.) et Marion (G), Les intermédiaries du Commerce, 1963; Catala (N.) et Aaron (J.), le personnel et les intermédiaries de L'entreprise, 1971; Baldi, le droit de La distribution Commerciale dans l'Eurpoe Communitarie 1988; De Theux (A.), le droit de la représentation Commerciale, T.II, Vol. 1, Bruylant, 1977; Crahay (B.), les Contrats internationaux d'agence et de Consession de vente, 1991; Devesa (Ph.), L'operation de Courtage, Litec, 1993; Pétel (Ph.), les obligations du mandataire, Litec, 1988; Pétel (Ph.), Le contrat de mandat, Coll. Connaissance du droit, Dalloz, 1994; Peruzzetto (S.) et Diloy (Ch.), intermédiaries, Rép. Internat. Dalloz, Fév, 1999; Pipert (G.) et Roblot (R.), Traité de droit Commercial, Tome 2, 14ᵉ me édition, L.G.D.J. P. 711.

٢ ـ أ ـ التعريف بالوكالة التجارية بصفة عامة:

تقضى المادة ١٤٨ من قانون التجارة الجديد بأن "تطبق أحكام الوكالة التجارية إذا كان الوكيل محترفاً إجراء المعاملات التجارية لحساب الغير". ويتضح من هذا النص أنه يشترط توفر ثلاثة عناصر لوجود الوكالة التجارية[1]: **الأول:** أن يكون محل نشاط الوكيل القيام بالأعمال التجارية لحساب الغير، أياً كانت الطريقة التى يتبعها فى هذا الشأن، أى سواء أقام بالعمل باسمه الشخصى أم باسم موكله. **الثانى:** أن يحترف الوكيل التجارى هذا النشاط، بأن يمارسه بانتظام واستمرار، مع اتخاذه مهنةً للحصول على الرزق. فإذا قام شخص بعملية تجارية واحدة لحساب الغير دون أن يكون محترفاً هذه الأعمال، فلا يخضع لأحكام الوكالة التجارية الواردة بقانون التجارة. **الثالث:** أن يكون موضوع الاحتراف هو الأعمال التجارية، وليس الأعمال المدنية.

وتتضمن الأحكام العامة للوكالة التجارية فى قانون التجارة الجديد نطاق تطبيقها وبيان التزامات الموكل والوكيل التجارى وحقوقهما وقواعد انقضاء الوكالة. ويخضع لهذه الأحكام جميع صور الوكالة التجارية، سواء تلك التى نظمها قانون التجارة، كالوكالة بالعمولة ووكالة العقود أو تلك التى لم ينظمها، على أساس أنها تمثل الشريعة العامة لعقود الوكالة التجارية.

---

(١) انظر فى شروط الوكالة التجارية فى قانون التجارة الجديد:
د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠، ص ٤٥؛ د.على البارودى – د. محمد فريد العرينى، القانون التجارى، الجزء الثانى، العقود التجارية – عمليات البنوك وفقاً لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٠، ص ٦١ ومابعدها. المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الجديد، المحاماة، ملحق تشريعات، يونيه ١٩٩٩، ص ٤١٨.

ويفترق التنظيم الذى أفرده المشرع فى قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ لأحكام الوكالة التجارية عن أحكام القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٢[1] فى شأن تنظيم أعمال الوكالة التجارية وبعض أعمال الوساطة التجارية . فبينما يهتم قانون التجارة الجديد بالوكالة التجارية بوصفها علاقة تعاقدية، من حيث تعريفها وانعقادها وآثارها وانقضاؤها، ينصب القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٢ على تنظيم ممارسة مهنة الوكالة التجارية، من حيث تعريف الوكيل التجارى وتحديد الأشخاص الذين يجوز لهم ممارسة مهنة الوكالة التجارية، وأحكام القيد والشطب من سجل الوكلاء والالتزامات المهنية التى تقع على عاتق هؤلاء الوكلاء وأحكام مساءلتهم جنائياً[2]. وتأكيداً لتلك التفرقة، نصت المادة ١٦٥ من قانون التجارة الجديد على أن " يسرى فيما يتعلق بتنظيم الاشتغال بأعمال الوكالة التجارية فى مصر القوانين والقرارات الخاصة بذلك".

---

(١) منشور بالجريدة الرسمية العدد (٣١) بتاريخ ٥ أغسطس ١٩٨٢.

(٢) د. سميحة القليوبى، شرح العقود التجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٩٢، ص ١٩٨ ؛ د. رضا السيد عبد الحميد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، دار النهضة العربية، ١٩٩٩- ٢٠٠٠، ص ٦.

وقضت محكمة النقض فى هذا الخصوص أنه إذا " كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه فى الدعوى على أساس ثبوت وكالة الشركة الطاعنة عن شركة التأمين بناء على نصوص وثيقة التأمين، فإنه لا يغير من ذلك أن تكون هذه الوكالة محظورة على الطاعنة بحكم القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦١ بشأن تنظيم أعمال الوكالة التجارية، إذ ليس من شأن ذلك إلا استهدافها للعقوبات التى تقضى بها المادة الرابعة منه. أما الوكالة التجارية التى تزاولها الشركة الطاعنة فعلاً بالمخالفة لحكم القانون آنف الذكر فإنها تنعقد صحيحة، وترتب آثارها القانونية فيما بين أطرافها، إذ لا يفيد من القانون من يخالف أحكامه".

نقض ١٩٧٤/٣/٢٦، مجموعة المكتب الفنى، س ٢٥، ص ٥٦١.

٢ ـ ب ـ الوكالة بالعمولة بصفتها إحدى صور الوكالة التجارية[١]:

عرفت المادة ١٦٦ من قانون التجارة الجديد في فقرتها الأولى الوكالة بالعمولة بأنها " عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجرى باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل".

وتنصرف آثار الأعمال التى يقوم بها الوكيل بالعمولة إليه هو، وليس إلى الموكل. فالوكيل بالعمولة هو الذى يصبح دائناً أو مديناً للغير الذى تعاقد معه باسمه الشخصى، ويترتب أثر هذا التعاقد كما لو كان الوكيل بالعمولة قد أجراه لحسابه الخاص، لكنه يلزم بنقل آثار هذا التعاقد إلى الموكل بمقتضى عقد الوكالة بالعمولة الذى أبرمه مع عميله، وهو عقد مستقل عن العقود التى يبرمها الوكيل بالعمولة مع الغير[٢]؛ لذلك نصت المادة ١٧٤ تجارى على أن " ١- يلتزم

---

(١) انظر تفصيلاً فى الوكالة بالعمولة:
د. أكثم الخولى، الوسيط فى القانون التجارى، الجزء الرابع، العقود التجارية، الطبعة الأولى، مكتبة سيد عبد الله وهبه، ١٩٥٨، ص ١٨١ ومابعدها؛ د.فريد مشرقى، أصول القانون التجارى المصرى، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ١٩٥٤، ص ٤٥٧ ومابعدها؛ د. على البارودى — د. فريد العرينى، المرجع السابق، ص ٥٣ ومابعدها؛ د.سميحة القليوبى، الوكالة بالعمولة فى القانون الكويتى، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الثالث والرابع، س ٤٥، ١٩٧٥، ص ١١٧ ومابعدها؛ د. سميحة القليوبى، شرح القانون التجارى المصرى، المرجع السابق، ص ١١٥ ومابعدها؛ د.حسنى المصرى، العقود التجارية فى القانون الكويتى والمصرى والمقارن، مكتبة الصغار الكويت، ص ١٩٠ ومابعدها.
وفى الفقه الفرنسى:
Collart Dutileut (F.) et Delebecque (Ph.), Contrats Civils et Commerciaux, Dalloz, 3ᵉ me éditions, P. 520 et s.; Huet (J.), Tratié de droit civil, les pricipaux Contrats Spéciaux, L.G.D.L., 1996, P. 966 et s.; Riper (G.) et Roblot (R.). op. cit., P. 721 et s.; Benabent (A.), Contrat de Commision, Juris-Classeurs, Commercial 1992, Fasc. 470, 1992.

(٢) وجرى قضاء النقض المصرى على أن "الوكيل بالعمولة فرداً كان أو شركة يتعاقد مع الغير باسمه الشخصى أصيلا لحساب موكله، فيكتسب الحقوق ويتعهد بالالتزامات=

الوكيل بالعمولة مباشرة قبل الغير الذى تعاقد معه، كما يلتزم هذا الغير مباشرة قبل الوكيل بالعمولة. ٢- ليس للغير الذى تعاقد مع الوكيل بالعمولة الرجوع على الموكل ولا للموكل الرجوع على الغير بدعوى مباشرة ما لم ينص القانون غير ذلك".

فجوهر الوكالة بالعمولة – إذًا – هو ازدواجية صفة الوكيل بالعمولة، فهو – كما وصفه الفقه[1] – يقابل الموكل بوجه وكيل يتلقى الأوامر والتعليمات، وينقل آثار التصرف الذى أبرمه مع الغير إلى الموكل، ويقدم حساباً عن وكالته، ويتعامل مع الغير بوجه أصيل، فيبرم التصرف باسمه هو لا باسم الموكل، ويلتزم مباشرة قبل الغير الذى تعاقد معه، وإن كان التصرف بطبيعة الحال يتم لحساب الموكل، كشأن كل أنواع الوكالات التجارية.

وتقدم الوكالة بالعمولة فوائد جمة للتجارة، فهى تطلق يد الوكيل فى التصرف لحساب موكله دون أن ينشغل الأخير بإجراءات التصرف الذى يبرم، وهى توفر للغير المتعاقد جهد البحث عن مدى ملاءة الموكل ونطاق سلطات الوكيل، فضلاً عن ذلك، فإن الوكالة بالعمولة تحقق السرية للموكل، إذا أراد إخفاء اسمه أو نشاطه التجارى؛ خشية المنافسة أو أى سبب آخر، كما تمكن الوكيل بالعمولة من إخفاء اسم المتعاقد الآخر، إذا كان له مصلحة فى ذلك، إذ قد يؤدى الكشف عن اسم المتعاقد الآخر إلى الاتصال المباشر بينه وبين الموكل، ومن ثم تضيع العمولة على الوكيل فى العقود المستقبلية التى تبرم دون وساطة[2].

=إزاء الغير الذى يتعاقد معه، ولكنه فى حقيقة الأمر ليس بالأصيل، وإنما هو يعمل لحساب الموكل الذى كلفه بالتعاقد".

نقض ١٩٨٣/٤/٢٨، مجموعة المكتب الفنى، س ٣٤، ص ٨٢٥؛ نقض ١٩٨٣/٤/١٨ مجموعة المكتب الفنى، س٣٤، ص ٩٩١؛ نقض ١٩٨٨/١/٢٥، غير منشور، مشار إليه فى قضاء النقض التجارى لأحمد حسنى، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٦٦١.

(١) د. على البارودى – د. فريد العرينى، المرجع السابق، ص ٥٧.

(٢) د. على البارودى – د. فريد العرينى، المرجع السابق، ص٥٧؛ د.سميحة القليوبى، الوكالة بالعمولة فى القانون الكويتى، المرجع السابق، ص ١١٨.

وتعد الوكالة بالعمولة عقداً من عقود الوكالة التجارية، لذا عالجها قانون التجارة الجديد تحت عنوان "بعض أنواع الوكالة التجارية ١- الوكالة بالعمولة"، وتخضع للمواد من ١٦٦ إلى ١٧٦ من قانون التجارة. وتطبق أحكام الوكالة التجارية فى قانون التجارة الجديد ثم أحكام عقد الوكالة فى القانون المدنى فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى تنظيم عقد الوكالة بالعمولة، وفيما لا يتعارض مع طبيعتها[١].

٤- جـ- وكالة العقود بصفتها أحد أشكال الوكالة التجارية:

عرفت المادة ١٧٧ من قانون التجارة الجديد وكالة العقود (Contrat d'agence) بأنها " عقد يلتزم بموجبه شخص بأن يتولى على وجه الاستمرار وفى منطقة نشاط معينة الترويج والتفاوض وإبرام الصفقات باسم الموكل ولحسابه مقابل أجر، ويجوز أن تشمل مهمته تنفيذها باسم الموكل ولحسابه. ويشمل هذا التعريف حالة الوكيل الذى يبرم الصفقات وينفذها باسم موكله ولحسابه، وكذلك حالة الشخص الذى تقتصر مهمته على مجرد الحض والتفاوض على إبرام الصفقات[٢].

---

(١) وتنص المادة ٢/١٦٦ من قانون التجارة الجديد على أنه " تسرى على الوكالة بالعمولة بالإضافة إلى الأحكام العامة بشأن الوكالة التجارية الأحكام المنصوص عليها فى المواد التالية".

(٢) انظر فى وكالة العقود فى القانون الفرنسى:

El-Hage (N.). La nouvelle réglementation du contrat d'agence commercial, R.T.D. Com. 1995, P. 372ét s; Leloup (J.-M.), Agent Commericial, Rép, Dalloz Com. 1994; Lepoup (J.-M.), Les agents Commerciaux, L.G.D.J. Paris 1995; Hanine (J.J.), Agents commerciaux, Juris-Classeurs, commercial Fasc. 1230, 1240, 1250, Hémard (J.), Les agents commerciaux, R.T.D. Com, 1959, P. 537 et s.

وفى الفقه العربى:

د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٩، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ١٦٤ وما بعدها؛ د.سعيد يحيى، الوكلاء التجاريون، مجلة القانون والاقتصاد، مارس - يونيه ١٩٧٧، ص ٥٣ ومابعدها.

ومن الأمثلة العملية على وكالة العقود، تعهدات الوكلاء فى مواجهة أصحاب المصانع وكبار التجار – كأصحاب مصانع السيارات والأدوات الكهربائية وتجار الجملة – بالبحث عن عملاء لمنتجاتهم وسلعهم وبضائعهم التى ينتجونها أو يتاجرون فيها، وكذلك تعهدات الوكلاء بإبرام العقود باسم موكليهم مع الغير؛ لتصريف منتجاتهم وسلعهم[1].

وينظم قانون التجارة المصرى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ أحكام وكالة العقود بوصفها أحد أنواع الوكالات التجارية، وذلك بالمواد ١٧٧ إلى ١٩١. ويسرى على وكالة العقود – فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى قانون التجارة – الأحكام العامة للوكالة التجارية ثم قواعد عقد الوكالة فى القانون المدنى، مادامت لا تتعارض مع خصوصية وكالة العقود. أما فى فرنسا، فينظم العلاقة بين الموكلين ووكلاء العقود القانون الصادر فى ٢٥ يونيه ١٩٩١.

٥ـ ثانياً ـ تمييز الوكالة التجارية عما يشتبه بها من العقود:

يبرز مفهوم الوكالة التجارية ليس فقط من خلال التعريف بها، بل أيضًا من خلال التمييز بينها وبين ما يشتبه بها من العقود، مثل عقد السمسرة والالتزام التجارى وغيرها، وهو ما سنبينه فيما يلى:

٦ـ أ ـ عقد الوكالة التجارية وعقد السمسرة:

تقضى المادة ١٩٢ من قانون التجارة الجديد بأن "السمسرة عقد يتعهد بمقتضاه السمسار لشخص بالبحث عن طرف ثان، لإبرام عقد معين والتوسط فى إبرامه. وتشبه الوكالة التجارية السمسرة، من حيث إن كلاً منهما يعد عملاً تجارياً بحسب القانون متى وقع على وجه المقاولة[2]، ومن حيث إن كلاً من الوكيل التجارى والسمسار يتقاضى أجرًا عن وساطته. وتختلف الوكالة التجارية عن السمسرة فى أنه يشترط فى الوكالة التجارية قيام الوكيل بمزاولة الأعمال

---

(١) د. سميحة القليوبى، المرجع السابق، ص ١٦٤.

(٢) المادة ٥/د من قانون التجارة الجديد.

التجارية لحساب الغير، فى حين أن السمسرة تعد عملاً تجارياً مهما كانت طبيعة العمليات التى يتوسط السمسار فى إبرامها، فضلاً عن ذلك، فإن دور السمسار ينحصر فى دفع المتعاقدين إلى إبرام الصفقة. أما الوكيل التجارى، فيتعاقد لحساب موكله، سواء أكان ذلك باسمه الشخصى، كما فى حالة الوكيل بالعمولة، أم باسم موكله، كما فى وكالة العقود[1].

وإذا اقتصر عمل وكيل العقود على مجرد الحض والتفاوض على إبرام الصفقات، فإن مهمته تقترب – حينئذ – من مهمة السمسار، حيث يقوم كل منهما بالتوسط لإيجاد متعاقد آخر؛ لإبرام عقد معين، بيد أن مهمة وكيل العقود تنتهى ويستحق أجره عن وضع العميل أمام الطرف الآخر ومناقشة كل منهما الصفقة وشروطها. أما السمسار فلا يستحق أجره، إذا لم يبرم العقد الذى يسعى للتوسط فيه، مهما كانت جهوده التى بذلها فى سبيل إبرام الصفقة. هذا بالإضافة إلى أن وكيل العقود يرتبط مع شخص معين، ويسعى إلى البحث عن صفقات تجارية لحسابه، على خلاف السمسار الذى لا يرتبط غالباً بعميل معين[2].

٧ـ ب ـ عقد الوكالة التجارية وعقد التمثيل التجارى:

يمكن تعريف عقد التمثيل التجارى بأنه عقد يتعهد بمقتضاه شخص يطلق عليه اسم الممثل التجارى بالقيام بالأعمال التى يكلفه بها التاجر الذى يعمل لحسابه، سواء أكان ذلك فى محله الخاص أم فى محل التاجر أم فى الأسواق. وتختلف الوكالة التجارية عن التمثيل التجارى، فبينما يستقل الوكيل التجارى فى مباشرة نشاطه عن الموكل، يرتبط الممثل التجارى مع المنتج أو التاجر الذى يعمل لحسابه بعقد عمل يجعله تابعاً له وخاضعاً غالباً لنظام الأجراء Salariés[3].

---

(١) د. حسنى المصرى، العقود التجارية فى القانون الكويتى والمصرى والمقارن، مكتبة الصفار – الكويت، ص ١٩٩.

(٢) د. سميحه القليوبى، المرجع السابق، ص ١٦٨.

(٣) Dutilleul (F. C.), Contrats Civils et Commerciaux, Dalloz, 1996, n° 678.

٨ جـ - عقد الوكالة التجارية وعقد الالتزام التجارى:

الملتزم شخص منحه أحد المنتجين أو الصناع وحده دون غيره حق بيع منتجاته من ماركة معينة فى منطقة أو قطاع معين على سبيل القصر، والملتزم يشترى البضاعة من المنتج؛ من أجل إعادة بيعها باسمه الخاص وتحت مسئوليته ولحسابه، فهو يبيع بضاعة مملوكة له بعد شرائها من المنتج الذى منحه حق بيعها على سبيل القصر فى منطقة محددة، نظير تعهده بشراء كمية محددة كل سنة، وهو بهذا يضمن للمنتج رقم أعمال معينًا يكون حداً أدنى، نظير منحه حق امتياز البائع فى منطقة معينة، ولذلك يوصف الملتزم بأنه بائع، ويتمتع بمطلق الحرية فى تحديد ثمن البيع، ويتحمل المخاطر التجارية الناتجة عن عدم البيع أو عن إعسار العملاء أو إفلاسهم وتوقفهم عن الدفع. أما الوكيل التجارى – حتى ولو أخذ على عاتقه تحقيق حد أدنى من المبيعات – فإنه لا يشترى البضاعة من المنتج، بل يتولى بيعها لحسابه[1].

٩ - د - الوكالة التجارية والوكالة العادية:

لا تختلط الوكالة التجارية بالوكالة العادية إذ إن الوكيل التجارى يحترف إجراء الأعمال التجارية لحساب الغير، ويستحق أجراً عن عمله إلا إذا اتفق على غير ذلك، فى حين أن الوكيل العادى لا يباشر نشاطه على وجه الاحتراف، والأصل فى الوكالة العادية أنها تبرعية إلا إذا اتفق على غير ذلك[2].

١٠- ثالثاً- خصائص الوكالة التجارية:

يتسم عقد الوكالة التجارية بالعديد من الخصائص التى تؤثر فى تحديد مصادر انقضاء الوكالة التجارية، وهى على النحو التالى:

---

(١) Benabent (A.), Contrat de Commission, Juris – classeur, commercial, Fasc. 470, 1992, n° 22.

(٢) د. سعيد يحيى، الوكلاء التجاريون، المرجع السابق، ص ٢٢ و ٢٣.

١١ ـ أ ـ الوكالة التجارية عقد رضائى:

لا يستلزم المشرع لانعقاد الوكالة التجارية شكلاً معينًا، ويجوز إثباتها بكل طرق الإثبات، ويستثنى من ذلك وكالة العقود، حيث يجب إثباتها بالكتابة[1]، إعمالاً للمادة ١٨٠ من قانون التجارة الجديد التى تنص على أنه: "يجب أن يثبت عقد وكالة العقود بالكتابة، وأن يبين فيه بوجه خاص حدود الوكالة وأجر الوكيل ومنطقة نشاطه ومدة العقد، إذا كان محدد المدة".

١٢ـ ب ـ عقد معاوضة ملزم للجانبين:

الأصل فى الوكالة المدنية أنها من عقود التبرع[2]، إذ تنص المادة ٧٠٩/ ١ مدنى على أن "الوكالة تبرعية، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل" أما الوكالة التجارية فتكون بأجر، وتنص المادة ١٥٠ على أن "تكون الوكالة التجارية بأجر" "وإذا اتفق على أجر الوكيل التجارى، فلا يخضع هذا الأجر لتقدير القاضى".

ويعد عقد الوكالة التجارية من العقود الملزمة للجانبين، حيث يرتب التزامات متبادلة على عاتق كل من الموكل والوكيل.

١٣ـ جـ ـ عقد من عقود الاعتبار الشخصى:

يتميز عقد الوكالة عامةً بقيامه على الاعتبار الشخصى، ويقصد بذلك أن شخصية طرفى عقد الوكالة تكون عنصراً جوهرياً فى التعاقد، فالموكل أدخل فى حسبانه عند التعاقد شخصية الوكيل، وكذلك الوكيل أدخل فى حسبانه

---

(١) د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، المرجع السابق، ص ١٦٩.

(٢) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء السابع، العقود الواردة على العمل والمقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، المجلد الأول، دار النهضة العربية، ١٩٨٩، ص ٦٦٢.

شخصية الموكل[1]. ولا ينصب الاعتبار الشخصى فى عقد الوكالة التجارية على شخص الوكيل نفسه، بل ينصب على حرفته وخبراته فى العمل لحساب غيره[2].

١٤ ـ د ـ عقد غير لازم:

إذا استوفى العقد أركان الانعقاد وشروط الصحة، انعقد صحيحًا، وأصبح ملزمًا لطرفيه، فلا يجوز الرجوع فيه إلا بإرادتهما المشتركة، إعمالاً لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" وهذا هو العقد اللازم، بيد أن بعض العقود تقتضى طبيعتها منح كل من طرفيها حق الرجوع دون توقف على إرادة الطرف الآخر، كعقود الوكالة والوديعة العارية[3]. كذلك قد تتضمن بعض العقود شرطًا يسمح بهذا الرجوع. فإذا كان العقد قابلاً للرجوع فيه بإرادة أحد المتعاقدين المنفردة، سواء أكان هذا الرجوع لأن طبيعته تقتضى ذلك أم نزولاً على شروط العقد، فإنه يطلق عليه وصف العقد غير اللازم، وهو ما يصدق على عقد الوكالة بالنظر إلى طبيعته[4].

---

(١) Huet (J.), Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux, L. G. D. J., 1996, P. 957, n° 31114.

(٢) د. على البارودى – د. فريد العرينى، القانون التجارى، الجزء الثانى، العقود التجارية – عمليات البنوك، ص ٦٥.

(٣) وأحيانًا يكون العقد غير لازم بالنسبة لطرف ولازمًا بالنسبة للطرف الآخر، كالهبة مثلاً.

(٤) د. رمضان إبراهيم شحاتة، العقد غير اللازم فى الفقه الإسلامى، رسالة من الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ١٤.

وتقرر محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها ما نصه "لما كان مؤدى ما تقضى به المادتان ٧١٥، ٧١٦ من القانون المدنى – على ما ورد بمجموعة الأعمال التحضيرية – أن الوكالة عقد غير لازم، فإنه يجوز للموكل عزل الوكيل قبل انتهاء الوكالة، كما أن للوكيل أن يتنحى عنها قبل إتمام العمل الموكول إليه، فإذا كانت الوكالة بأجر، صح التنحى عنها، ولكن يلزم الوكيل بتعويض الموكل عن الضرر الذى قد يلحقه، إذا كان التنحى بغير عذر مقبول أو فى وقت غير مناسب".

(نقض ٨ مارس ١٩٦٦، مجموعة المكتب الفنى، س ١٧، ص ٥٠٩).

١٥ - هـ - قيام بعض عقود الوكالة التجارية على فكرة المصلحة المشتركة:

بينا فيما سبق أن عقد وكالة العقد هو عقد يلتزم بموجبه شخص بأن يتولى على وجه الاستمرار وفى منطقة نشاط معينة الترويج والتفاوض وإبرام الصفقات باسم الموكل ولحسابه مقابل أجر، ويجوز أن تشمل مهمته تنفيذها باسم الموكل ولحسابه. ويهدف الموكلون من إبرام هذا العقد مع وكلائهم إلى فتح منافذ وخلق أسواق جديدة، لتوزيع منتجاتهم وخدماتهم فى مناطق ممارسة الوكلاء لنشاطهم.

واستقر الفقه والقضاء فى فرنسا منذ أمد بعيد على أن وكالة العقود تبرم للمصلحة المشتركة[١]. ويقصد بذلك أن إنجاز العمل محل الوكالة فى هذا النوع من العقود يحقق مصلحة لكل من الموكل والوكيل معًا، ويتمثل فى ذلك ازدهار المشروع التجارى عن طريق جذب العملاء وزيادة عددهم[٢]. فالموكل فى وكالة العقود يقدم منتجاته أو خدماته للوكيل فى منطقة نشاطه، ويناط بالوكيل بذل الجهد فى سبيل الدعاية والإعلان والترويج للسلعة أو الخدمة محل الوكالة، لتعريف الجمهور بها وجذبه إليها. وينصب نشاط الوكيل والموكل على استغلال العنصر المشترك الذى كوناه معًا بأداءات مشتركة، وهو العملاء. وكلما زاد هذا

---

(١) انظر فى فكرة الوكالة القائمة على المصلحة المشتركة:

Pigarche (Ch.), La mandate d'intérêt Commun, thèse, Paris, 1991; Alexandre (D.), Fin du Mandat, j. –class. Civ. Art. 2003 à 2010, n° 27 *et s.*; Brunet (A.), Clientèle Commune et Contrat d'intérêt commun, Ménanges Weill, 1983; Ghestin (J.), Le mandat d'intérêt Commun, Mélanges Derruppé, 1991, P. 105; Huet (J.), op. cit., P. 1075 et s., n° 31276 et s.

وفى الفقه العربى:

د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص-١٦ وما بعدها؛ عبد الرزاق بوبندير، الأسباب الاختيارية والقانونية لانقضاء الوكالة التجارية فى القانون الإنجليزى والفرنسى، رسالة من القاهرة، ١٩٨٩، ص ١٠٨ وما بعدها.

(٢) **Cass. Com. 2 Juill. 1979, Bull. Civ. I. n° 222.**

العنصر ونما، زاد توزيع المنتجات أو الخدمات، فتزيد أرباح الموكل وتزيد عمولة الوكيل[1].

وبناء على هذا، فإن من مصلحة كل من الوكيل والموكل فى هذا النوع من العقود أن يظل العقد قائماً، وأن يتابعا تنفيذه؛ لما يدره عليهما من فوائد. فانقضاء العقد بأى طريقة من الطرق- ومن بينها الإنهاء بالإرادة المنفردة — يؤدى إلى المساس بمصلحة الطرف الآخر، ولذلك يخضع انقضاء وكالة العقود لقواعد مختلفة عن انقضاء الوكالة العادية ورد النص عليها فى القانون الفرنسى الصادر فى ٢٥ يونيه ١٩٩١[2]. أما فى مصر فقد تناول قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ تلك الفكرة لأول مرة، حين نص صراحة فى المادة ١٨٨ منه على أن "تنعقد وكالة العقود لمصلحة الطرفين المشتركة" ثم رتب الآثار المترتبة على ثبوت تلك الفكرة فى مجال انقضاء العقد فى المادتين ١٨٨ و١٨٩ منه.

ويتعين عدم الخلط بين الوكالة المأجورة والوكالة القائمة على المصلحة المشتركة، إذ إن مصلحة الوكيل فى الحصول على الأجر تمثل مصلحة خاصة به، وليست مصلحة مشتركة بينه وبين الموكل، كتلك القائمة على استغلال عنصر العملاء فى عقد وكالة العقود[3].

ولا تعد الوكالة بالعمولة من عقود المصلحة المشتركة، إذ إن تعاقد الوكيل يكون باسمه الخاص، ومن ثم فإن العملاء الذين سيقبلون على السلعة أو الخدمة محل الوكالة يكونون عملاء الوكيل وحده، إذ إنهم — قانوناً — لا يعرفون الموكل، وهو ما لا يمكن القول معه بأن هؤلاء العملاء مشتركون بين الوكيل والموكل[4].

---

(١) د. رضا السيد، المرجع السابق، ص ٢٦.

(٢) وقد أدمج هذا القانون فى تقنين التجارة الفرنسى الجديد رقم ٩١٢/ ٢٠٠٠ الصادر فى ١٨ سبتمبر ٢٠٠٠ فى المواد من ١ — ١٣٤ .L إلى ١٧ — ١٣٤ .L. وكان ينظم العلاقة بين الموكلين ووكلاء العقود قبل ذلك القانون الفرنسى الصادر فى ٢٣ ديسمبر ١٩٥٨.

(٣) د. رضا السيد، المرجع السابق، ص ٢٠.

(٤) د. رضا السيد، المرجع السابق، ص ٢٩. =

وإذا أبرمت الوكالة لمصلحة الموكل والوكيل معًا أو لمصلحة الوكيل أو لمصلحة الغير، فإنه لا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدها بإرادته المنفردة. ومن أمثلة هذا النوع من الوكالة أن يوكل الشركاء على الشيوع شريكاً منهم فى إدارة المال الشائع. فهذه الوكالة ليست في مصلحة الموكلين فحسب، بل هى أيضاً فى مصلحة الوكيل. ولا يختلط هذا النوع من الوكالة بعقود الوكالة القائمة على المصلحة المشتركة لطرفيها؛ لأن مفهوم المصلحة يختلف فى الحالتين[1]، على ما سيبين لاحقاً عند التعرض لإنهاء العقد بالإرادة المنفردة.

١٦ـ رابعاً ـ مصادر التنظيم القانونى لانقضاء الوكالة التجارية:

يخضع انقضاء الوكالة التجارية لمجموعة من الأحكام وردت فى مواضع عديدة من القانون، فتنقضى الوكالة التجارية بوصفها عقدًا بالأسباب العامة التى تنقضى بها سائر العقود، وتنقضى أيضًا بأسباب الانقضاء الخاصة بعقود الوكالة الواردة فى القانون المدنى، فضلاً عن أن قانون التجارة الجديد قد أفرد نصوصًا خاصة لتنظيم انقضاء الوكالة. ونظراً لأن وكالة العقود تنعقد لمصلحة الموكل والوكيل المشتركة، حيث يكون لكليهما مصلحة فى ازدهار المشروع التجارى عن طريق جذب العملاء وزيادة عددهم، فقد أفرد المشرع فى مصر وفرنسا لانقضاء وكالة العقود نصوصًا خاصة ذات طبيعة آمرة. وتظهر الأحكام السابقة مدى التطور الذى لحق بقواعد انقضاء الوكالة التجارية.

= وانظر فى رفض تطبيق قواعد المصلحة المشتركة على عقد الوكالة بالعمولة:

Cass. Com. 19 Fév. 1970, Bull. Civ. IV, n° 49; Reims 18 Mai 1976, RTD Com. 1976, 789, Hémard (j.).

(١) انظر فى التفرقة بين المصلحة المشتركة فى عقود الوكالة والوكالة المبرمة لمصلحة طرفيها أو الوكيل أو الغير.ـ

Alaxander (D.), Fin du mandat, Art. 2003 à 2010, op. cit., n° 27 et s. spéci. n° 99.

د. رضا السيد، المرجع السابق، ص ١٤.

ويمكن ترتيب القواعد الحاكمة لانقضاء الوكالة التجارية على النحو التالى[1]: **أولاً**: القواعد المتعلقة بتنظيم أنواع خاصة من الوكالة التجارية، وتتمثل هذه القواعد فى المادتين ١٨٨ و١٨٩ المتعلقتين بانقضاء عقد وكالة العقود، وتقابلهما المواد ١١ و١٢ و١٣ من القانون الفرنسى رقم ٥٩٣/ ٩١ الصادر فى ٢٥ يونية ١٩٩١. **ثانيًا**: القواعد المتعلقة بانقضاء عقود الوكالة التجارية عامّة، ومن أهمها المادة ١٦٣ من قانون التجارة الجديد. أما القانون الفرنسى فلم يتضمن أحكامًا عامة لتنظيم عقود الوكالة التجارية، مثلما فعل المشرع المصرى. **ثالثاً**: القواعد المتعلقة بانقضاء عقود الوكالة فى القانون المدنى التى وردت فى المواد من ٧١٤ إلى ٧١٧، وهى تقابل المواد من ٢٠٠٣ حتى ٢٠١٠ من القانون المدنى الفرنسى.

١٧ ـ خامساً ـ خطة البحث:

يمكن تتبع التطور الذى لحق بأحكام انقضاء عقد الوكالة التجارية من خلال التعرض لنوعين من مشكلات الانقضاء: **الأول** يتعلق بتحديد أسباب الانقضاء **والثانى** يتصل بتعيين آثار الانقضاء. وفى إطار **النوع الأول** من المشكلات، فإنه إذا كانت طبيعة عقد الوكالة تفرض انقضاءه فى بعض الحالات، فإن حماية المصالح المرتبطة باستمرار العقد تمثل قيداً على عملية الانقضاء. **أما النوع الثانى**، وهو الخاص بآثار انقضاء عقد الوكالة التجارية، فيدور حول آليات الحماية من الأضرار المترتبة على انقضاء الوكالة التجارية.

ومن ثم رأينا تقسيم هذه الدراسة إلى بابين رئيسيين، على النحو التالى:

الباب الأول: عقد الوكالة التجارية وأسباب الانقضاء.

"الانقضاء بين خصائص الوكالة والمصالح المرتبطة باستمرارها".

الباب الثانى: عقد الوكالة التجارية وآثار الانقضاء.

"مظاهر الحماية من الأضرار المترتبة على انقضاء الوكالة".

---

(١) د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ١٣١.

الباب الأول

عقد الوكالة التجارية وأسباب الانقضاء

"الانقضاء بين خصائص الوكالة والمصالح المرتبطة باستمرارها"

١٨ـ تعداد:

ينتهى عقد الوكالة التجارية كغيره من العقود عموماً بالأسباب العامة لانقضاء العقود والمنصوص عليها فى القانون المدنى. فتنتهى الوكالة التجارية انتهاء مألوفاً عن طريق تنفيذها، وذلك بإتمام العمل المتفق عليه فى عقد الوكالة، وبانقضاء الأجل المضروب فى عقد الوكالة. وتنقضى الوكالة التجارية انقضاءً مبتسراً قبل التنفيذ فى حالات عديدة، من بينها استحالة التنفيذ والإفلاس ونقص الأهلية والفسخ.

وتنتهى الوكالة التجارية لأسباب خاصة بها ورد النص عليها صراحة فى القواعد المنظمة لعقد الوكالة فى القانونين المدنى والتجارى، تتفق مع طبيعة الوكالة وخصائصها الذاتية، كانهيار الاعتبار الشخصى الملحوظ عند التعاقد أو استخدام أحد طرفى العقد حقه فى الإنهاء.

ولا تختلط الأسباب العامة لانقضاء الوكالة بالأسباب الخاصة، ففى الحالة الأخيرة يكون الانقضاء مباشراً بمقتضى نص خاص يراعى طبيعة الوكالة، أما فى الحالة الأولى فإن الانقضاء يكون غير مباشر تطبيقاً للنظرية العامة للعقد.

وتفترق الأسباب السابقة لانقضاء العقد عن أسباب انقضاء الالتزام التى حددها التقنين المدنى المصرى فى ثمانية أسباب هى الوفاء والوفاء بمقابل والتجديد والإنابة فى الوفاء والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء واستحالة التنفيذ والتقادم. فثمة فرق واضح بين زوال العقد – وهو مصدر الالتزام – وزوال الالتزام نفسه غير أنه قد يكون هناك تفاعل ما بين الأمرين، إذ قد يزول العقد بسبب من أسباب زواله، فتنقضى بالتبعية الالتزامات الناشئة من هذا العقد. وقد تزول الالتزامات

الناتجة من العقد بسبب من أسباب انقضائها، فينتهى العقد تبعاً لذلك، أو يصبح غير ذى موضوع[1].

وفى ضوء ما سبق، نقسم هذا الباب إلى فصلين على النحو التالى:

الفصل الأول: أسباب الانقضاء والنظرية العامة للعقد.

الفصل الثانى: أسباب الانقضاء وخصائص الوكالة التجارية.

(١) عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الثالث، المجلد الثانى، انقضاء الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص ٧٤٣.

الفصل الأول
أسباب الانقضاء والنظرية العامة للعقد
المبحث الأول
الانقضاء المألوف للوكالة التجارية

١٩ـ أولاً: إتمام العمل محل الوكالة:

تنتهى الوكالة بداهةً بإتمام الوكيل العمل الذى وكل فيه. وتنقضى كذلك فى حالة فشل الوكيل فى إنجاز العمل. وجاء فى أحد أحكام النقض المصرية أنه "متى استخلصت المحكمة لأسباب مسوغة أن الوكيل لم ينجح فى العمل الموكل فيه، فانتهت بذلك مهمته، فإن استخلاص المحكمة لهذه النتيجة هو استخلاص موضوعى ولا مخالفة فيه للقانون"(١).

وقد يحدد المتعاقدان موعداً يجب على الوكيل إتمام العمل الموكل فيه خلاله. فى هذه الحالة تنقضى الوكالة بإنجاز الوكيل العمل محلها، ولو لم ينقض الأجل المعين لها. كما تنقضى الوكالة بحلول هذا الأجل، ولو لم يتمكن الوكيل من إنجاز العمل الموكل فيه. أما إذا كان قصد المتعاقدين من تعيين الأجل تقدير وقت تقريبى لإنجاز الوكيل العمل محل الوكالة، فإنها لا تنتهى حتماً بانقضاء هذا الأجل، بل يجوز للوكيل المضى فى تنفيد الوكالة حتى بعد انقضاء الأجل(٢).

٢٠ـ ثانياً ـ انقضاء الأجل المضروب للعقد:

يقتضى تحديد أحكام انقضاء عقد الوكالة التجارية بانتهاء المدة المحددة له بحث أربع مسائل: **الأولى** تتعلق بنطاق حرية طرفى العقد فى تحديد مدته. **الثانية** تتصل بصعوبات التفرقة بين العقد محدد المدة والعقد غير محدد المدة. **الثالثة** تدور

---

(١) نقض ٥ أبريل ١٩٥٦، مجموعة المكتب الفنى، س٧، ص ٤٨٩.

(٢) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء السابع، المرجع السابق، ص ٨٤٥؛ د. عبد الرزاق بوبندير، الأسباب الاختيارية والقانونية لانقضاء الوكالة التجارية، رسالة من جامعة القاهرة، ١٩٨٩، ص ٢٤٩.

حول حرية الموكل فى تجديد العقد محدد المدة. **الرابعة** تختص بانقضاء العقد المتضمن فترة اختبار.

٢١ ـ أ ـ نطاق حرية طرفى العقد فى تحديد مدته:

تنقضى الوكالة التجارية بالأجل المحدد لها، تطبيقاً للقواعد العامة فى العقود. وتنص المادة ٧١٤ من القانون المدنى المصرى على انتهاء الوكالة بانتهاء الأجل المعين لها.

ويكون العقد محدد المدة، عندما يتفق الطرفان على تاريخ معين ينتهى العقد بحلوله، أو عندما يتفقان على انتهاء العقد بانتهاء العمل الذى أبرم من أجله. وقد لا يتفق الطرفان على مدة محددة للعقد فيضحى غير محدد المدة[١].

وإذا كان تحديد مدة العقد أو عدم تحديدها يخضع لحرية المتعاقدين، فإنه فى بعض الأحيان يفرض المشرع حداً أدنى لمدة عقد الوكالة حماية للوكيل، ومثال ذلك وكالة العقود، حيث اشترط المشرع التجارى أن تكون مدة عقد وكالة العقود خمس سنوات على الأقل، إذا طلب الموكل أن يقيم الوكيل مبانى أو منشآت، سواء أكانت لعرض المنتجات أم لإصلاحها[٢]. وقد راعى المشرع أن تلك المدة كافية لأن يسترد الوكيل ما أنفقه من تكاليف فى سبيل إقامة المبانى والمنشآت المتفق عليها فى العقد، وتحقيق قدر من الأرباح يتناسب مع ما بذله من مجهود فى تنفيذ بنود عقد الوكالة[٣]. فإذا فرض وأبرم عقد الوكالة لأقل من خمس سنوات، عد العقد ممتداً إلى خمس سنوات بقوة القانون، حيث تعد القاعدة المتعلقة بمدة العقد قاعدة آمرة لا يجوز مخالفتها[٤].

---

(١) د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ٥٨.

(٢) وتنص المادة ٢٨١ من قانون التجارة الجديد على أنه "إذا اشترط فى العقد أن يقيم وكيل العقود مبانى أو مخازن للسلع أو منشآت للصيانة أو الإصلاح، فلا يجوز أن تقل مدة العقد عن خمس سنوات" ويواجه هذا النص وكالة العقود التى يكون محلها سلعا وبضائع ولا يتناول وكالة عقود الخدمات.

(٣) د. رضا السيد، إنها وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ٨٤.

(٤) د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى، المرجع السابق، ص ١٩٠ ؛ د. رضا السيد، المرجع السابق، ص ٨٤.

ويكون اشتراط مدة معينة للوكالة التجارية - أحياناً - وسيلة يهدف من ورائها الموكل إلى الالتفاف حول الأحكام الملزمة التى تفرض عليه أن يعوض الوكيل التجارى عن الضرر الذى يصيبه نتيجة عزله، فيلجأ الموكل إلى اشتراط مدة قصيرة فى عقد الوكالة، والنص على أن يكون تجديد العقد بتمديد مدته إلى المدة المشترطة نفسها. وهكذا يضمن الموكل الحصول على أحسن الوكلاء، كما لو كان عقد الوكيل التجارى غير معين المدة ويكون له أيضاً إمكانية التخلص منهم بمجرد حلول الأجل المعين فى العقد دون أن يكون ملزماً بالتعويض.

ويذهب الفقه الفرنسى إلى بطلان كل شرط يحرم الوكيل من الحصول على التعويض فى جميع الحالات التى يثبت فيها أن المدة التى اشترطها الموكل للعقد مجرد وسيلة للالتفاف حول أحكام القانون المتعلقة بتعويض الوكيل فى حالة إنهاء العقد[1].

٢٢ - ب - مشكلة التفرقة بين العقد المحدد المدة والعقد غير محدد المدة:

قد يتفق الطرفان على مدة معينة للعقد دون أن يضمناه شرط التجديد الضمنى ويحل أجله المضروب فى العقد، ومع ذلك يستمر الطرفان فى تنفيذ بنوده، وفقاً للشروط المتفق عليها. فى هذا الفرض، يتحول العقد من عقد محدد المدة إلى عقد غير محدد المدة، وقد ورد نص صريح فى القانون الفرنسى الصادر فى ٢٥ يونيه ١٩٩١ الذى ينظم العلاقة بين وكلاء العقود وموكليهم، يؤكد هذه القاعدة، فتقضى المادة الحادية عشرة من القانون سالف الذكر بأن "يتحول عقد

(١) Hémard (J.), Les Agents Commerciaux, op. cit., P. 618, n° 69; Catoni (J.) La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958, libairie sirey, 1970, P. 67, n° 78 et P. 135 et s. n° 146 et s.; Guyénot (J.), V. R. P. et agents commerciaux, Paris, 1975, P. 203, n° 376; Hanine (J.J.), op. cit., n° 20.

الوكالة محدد المدة إلى عقد غير محدد المدة، إذا استمر قائماً بعد تمام تنفيذه بواسطة طرفيه، رغم انقضاء مدته"[1].

أما القانون المصرى فلم ينظم تلك المسألة فى حالة الوكالة التجارية. ويتضمن القانون المدنى المصرى نصاً صريحاً بخصوص عقد العمل يقضى بأنه "إذا استمر طرفا عقد العمل فى تنفيذ العقد بعد انقضاء مدته، اعتبر ذلك منهما تجديداً للعقد لمدة غير معينة"[2]. ويرى البعض أنه ليس ثمة مانع من تطبيق هذا الحكم على الوكالة التجارية بطريق القياس، ويصبح عقد الوكالة بعد تجدده نتيجة استمرار الأطراف فى تنفيذه عقداً غير محدد المدة. ويستند هذا الرأى إلى أنه فى ضوء عدم اتفاق الأطراف على شرط التجديد الضمنى فى العقد وعدم اتفاقهم صراحةً على مدة معينة جديدة بعد انتهاء مدة العقد الأصلية، فإن استمرارهم فى تنفيذ العقد بعد انتهاء مدته ينم عن اتجاه إرادتهم إلى استمرار العلاقة التعاقدية لمدة غير محددة[3].

وفى فرض آخر، قد يحدد طرفا العقد مدته ويضمناه شرطاً يجدد العقد بمقتضاه لمدة أو لمدد أخرى مماثلة ما لم يخطر أحد الطرفين الآخر برغبته فى الإنهاء قبل انقضاء مدة العقد بفترة معينة يتفق عليها، وهو ما يطلق عليه شرط التجديد الضمنى. وهنا يثار التساؤل حول طبيعة العقد الذى يتضمن هذا الشرط هل يظل محدد المدة، أو أن شرط التجديد الضمنى يجعله عقداً غير محدد المدة؟

---

(١) ويذهب الفقه الفرنسى إلى أن المشرع وضع قرينة على تحول العقد من عقد محدد المدة إلى عقد غير محدد المدة، بالاستمرار فى التنفيذ بعد انقضاء المدة الأصلية، بيد أنها قرينة بسيطة يجوز تقويضها بالإثبات العكسى، بشرط أن يكون ذلك بالكتابة.
Leloup (J. M.) Agent Commercial, Rép. Com. Dalloz, oct. 1994, n° 71.

(٢) المادة رقم ٦٧٩ من القانون المدنى المصرى.

(٣) د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ٧٣ وما بعدها.

لا خلاف على أن العقد يظل محدد المدة، إذا اتفق طرفا العقد على عدد مرات تجديده[1]، وتكمن الصعوبة فى حالة سكوت الطرفين عن تحديد عدد مرات التجديد. وتذهب الدائرة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية إلى أن العقد محدد المدة الذى يكون قابلاً للتجديد بالتمديد الضمنى كل سنتين دون تحديد لعدد مرات التمديد المتعاقبة والذى يتضمن شرطاً يحق بمقتضاه لكل طرف التحرر من العقد بمجرد انقضاء كل فترة من فتراته شريطة إخطار الطرف الآخر مسبقاً بستة أشهر يعد عقداً معين المدة[2]، فى حين تذهب الدائرة العمالية لمحكمة النقض الفرنسية إلى أن عقد العمل معين المدة الذى يكون قابلاً للتجديد بالتمديد الضمنى، ولا يتضمن أى شرط يحدد عدد مرات التمديد المتعاقبة يعتبر قد أبرم فى مجموعه لمدة غير معينة[3]. ويلقى الاتجاه الأول تأييداً من الفقه[4].

وجدير بالذكر أن المشرع الفرنسى والمشرع المصرى يفرقان عند وضع قيود الإنهاء بين عقود الوكالة محددة المدة والعقود غير محددة المدة، على ما سيبين لاحقاً.

٢٢ـ ج ـ رفض تجديد العقد محدد المدة:

ينقضى العقد بانقضاء مدته المحددة فى العقد دون حاجة لأى إجراء من المتعاقدين. وإذا كان العقد متضمناً شرط التجديد الضمنى، فإن انقضاءه يقتضى أن يبدى أحد الطرفين عدم رغبته فى التجديد خلال المدة المتفق عليها.

هنا يثار التساؤل: هل يدخل رفض تجديد العقد عند إنتهاء أجله ضمن حالات انقضاء الوكالة التجارية بالإرادة المنفردة، بحيث يحق للطرف المضرور من

---

(١) د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ٧٥.

(٢) Cass. Com. 7 Mars 1977, J. C. P. 1979. II. 19072; Cass. Com. 24 Avr. 1974. J. 1975 J. 764; Cass. Com. 22 Janv. 1980, Bull. Civ. 1980, IV, n° 36.

(٣) Cass. Soc. 23 Oct. 1974, Bull. Civ. Iv, n° 495, P. 641; Cass. Soc. 26 Nov. 1970, J. C. P. 1971. II., 16946.

(٤) د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ٨٠.

هذا الإنهاء الرجوع على الطرف الآخر بالتعويض، فى الحالات التى يقرر فيها القانون ذلك جزاءً لإساءة استعمال الحق؟.

ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى وجود فارق كبير بين إنهاء العقد أثناء سريانه، وهو ما يعد إخلالاً بالقوة الملزمة للعقد، ويرتب الالتزام بالتعويض، متى توافرت شروطه، وبين رفض الموكل تجديد وكالة العقود الذى يعد رفضاً لإيجاب يتعلق بإبرام عقد جديد، ويدخل فى إطار حرية التعاقد[1]. وفى حكم آخر قررت المحكمة أن رفض تجديد العقد يأخذ حكماً مغايراً، إذا تعهد الموكل بتجديد وكالة العقود بعد انقضاء مدته المعينة فى العقد، ودفع الوكيل التجارى فى ضوء ذلك النفقات الخاصة بالدعاية وتنفيذ الوكالة، فى هذه الحالة يكون الموكل ملزماً بتعويض الوكيل التجارى عن الأضرار الناتجة من عدم التجديد[2].

وينتقد الفقه الفرنسى[3] قضاء محكمة النقض الفرنسية الرافض لمبدأ التعويض عن عدم تجديد عقد الوكالة، ويرى وجوب تطبيق أحكام قانون العمل التى تتعلق بالممثلين التجاريين على وكلاء العقود والتى تنص على أن عدم تجديد

---

(١) Cass. Com. 24 Avr. 1974, D. S. 19754, 765.

وفى الاتجاه نفسه:

Cass. Com. 5 Oct. 1976, Bull. Civ. IV, n° 447; D. 1976, I. R., 337.

وقد جاء فى حيثيات الحكم الأخير أن عدم تجديد الموكل لعقد وكالة العقود محدد المدة لا يمكن أن يتشابه مع إنهاء العقد غير محدد المدة، أو مع إنهاء العقد محدد المدة قبل حلول الأجل المتفق عليه. ومن ثم لا يجوز تطبيق أحكام نصوص القانون الصادر فى ٢٣ ديسمبر ١٩٥٨ على حالة رفض تجديد العقد.

(٢) Cass. Com. 17 Fév. 1965; Bull. Civ. III. n° 132; Cass. Com. 21 Oct. 1970; Bull. Civ. Iv, n° 279; J. C. P. 71, éd. G. II, 16798, note Hémard (J.).

(٣) Hémard (J.), Les agents Commerciaux, op. cit., P. 612, n° 69; Guyénot (J.), V. R. P. et agents commerciaux, op. cit., P. 203, n° 376; Hanine (J.-H.), Agents Commerciaux, op. cit., n° 67.

رب العمل لعقد الممثل التجارى المعين المدة أو إنهاءه قبل انقضاء هذه المدة دون خطأ من جانب الأخير يرتب له الحق فى الحصول على التعويض[1].

وعدلت محكمة النقض أخيراً عن موقفها الأول، وقررت أحقية الوكيل فى الحصول على التعويض، إذا أساء الموكل استخدام حقه فى تجديد العقد[2]، بيد أن حكمها يتعلق بوكالة العقود، وذلك تأسيساً على أن الوكيل فى وكالة العقود يسهم بمجهوده فى جذب العملاء وزيادة عددهم. وعندما ينتهى عقد الوكالة فإنه يحرم من الاستفادة بهؤلاء العملاء، ويستأثر بهم الموكل.

وتخول المادة ١٢ من القانون الفرنسى الصادر فى ٢٥ يونيه ١٩٩١[3] لطرفى عقد وكالة العقود التعويض عن الأضرار المترتبة على توقف علاقتهما التعاقدية. وينصرف ذلك بطبيعة الحال إلى أسباب التوقف الإرادية أو غير الإرادية، بما فيها حالة عدم تجديد العقد[4].

أما المشرع المصرى فقد تدخل بحكم صريح يعالج حالة رفض الموكل تجديد عقد الوكالة، إلا أنه يقتصر على حالة وكالة العقود، حيث ألزمت المادة ١/١٨٩ من قانون التجارة الموكل إذا رفض تجديد العقد محدد المدة عند انتهاء أجله بتعويض الوكيل، بشرط عدم صدور خطأ من الوكيل وحدوث زيادة فى عدد العملاء أو نجاح ظاهر فى ترويج السلعة بفضل مجهودات الوكيل.

ويذهب البعض إلى أن الذى يقضى به للوكيل عن رفض الموكل تجديد عقد وكالة العقود يكون مقابلاً لحرمان الوكيل من الاستمرار فى الاستفادة من عنصر العملاء واستئثار الموكل بهذه الاستفادة. فحقيقة هذا المبلغ ليس تعويضاً

---

(١) L'article L. 751 – 9 du Code du travail.

(٢) Cass. Com. 9 Oct. 1990, J. C. P. 1990 éd. E., II, 211, Hanine (J.J.); Bull. Civ. n° 232; Cass. Com. 27 Oct. 1998, J. C. P. E., 1998, Pan. P. 1951.

(٣) وقد حلت محلها المادة L.134 – 12 من قانون التجارة الفرنسى الجديد رقم ٩١٢ – ٢٠٠٠ الصادر فى ١٨ سبتمبر ٢٠٠٠.

(٤) Hanine (J.-J.-), Agents Commerciaux, op. cit., n° 67.

بالمفهوم التقليدى، ولكنه مقابل لفقد الوكيل عنصر العملاء، فرضته قواعد العدالة والإنصاف، ولم يفرضه الإخلال بالتزام تعاقدى بالتجديد[1].

وينطبق حكم المادة ١٨٩/ ١ من قانون التجارة المصرى على عقود وكالة العقود التى عين المشرع فى المادة ١٨١ من قانون التجارة حدها الأدنى بخمس سنوات، فإذا انتهت هذه المدة، ورفض الموكل تجديد العقد، فإنه يلتزم بتعويض الوكيل، متى توفرت الشروط المتطلبة لذلك. ولا يجوز القول بأن الحد الأدنى المحدد لعقد وكالة العقود يكفل حماية للوكيل من فقد عنصر العملاء الذى أسهم بمجهوده فى تكوينه، ولا يستحق - على هذا - تعويضاً عن عدم تجديد الموكل للوكالة بعد انقضاء مدة الخمس سنوات. فالمشرع فرض هذه المدة لكى يعوض الوكيل عما أنفقه فى سبيل إقامة المبانى والمنشآت اللازمة لتنفيذ الوكالة فى العقود التى يشترط فيها ذلك، أما التعويض المقرر فى حالة رفض الموكل تجديد عقد وكالة العقود فهو مقرر مقابل حرمان الوكيل من الاستفادة من عنصر العملاء. ولأن مناط استحقاق التعويض فى كلا الحالين مختلف، فإنه يجوز الجمع بينهما، ولا يحل أحدهما محل الآخر[2].

وقضت المحكمة الدستورية العليا مؤخراً بعدم دستورية المادة ١٨٩ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ وسقوط نص البند رقم (١) من المادة ١٩٠ من هذا القانون تأسيساً على أن القرينة التى أقامها النص المقضى بعدم دستوريته، التى بمقتضاها يعتبر الخطأ مفترضاً فى حق الموكل متى أثبت الوكيل تحقق الشرطين الواردين بالنص، تعد غير مستندة إلى أسس موضوعية. فالنجاح الظاهر فى الترويج للسلعة أو زيادة عدد العملاء لا يعدو أن يكون نتيجة طبيعية لتنفيذ عقد الوكالة بحسن نية، ووفاء من الوكيل بالتزام قانونى يقع على عاتقه طبقاً لنصوص العقد وأحكام القانون، والذى حصل على أجره الذى ارتضاه

---

(١) د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ١٤٩.

(٢) د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ٩٠.

مقابل لذلك وطبقاً للعقد. كما أن النجاح الظاهر الذى اشترطه نص المادة ١٨٩ يعد ثمرة للتعاون المشترك بين الوكيل والموكل. ولذلك لا يرشح إثبات هذين الشرطين، فى الغالب الأعم من الحالات، لاعتبار الخطأ ثابتاً فى حق الموكل، ولا تربطهما به علاقة منطقية، خاصةً مع الوضع فى الاعتبار أن انتهاء العقد بانتهاء أجله والتزام الموكل والوكيل بأحكام العقد سواء فى تنفيذه أو إنهائه لا يؤهل بحسب طبائع الأمور لنشوء الاعتقاد لدى الوكيل باستمرار علاقته العقدية مع الموكل. وانتهت المحكمة الدستورية إلى أن الأحكام التى حواها نص المادة ١٨٩ تعد قيوداً على حرية التعاقد أحد روافد الحرية الشخصية التى كفلتها المادة ٨ من الإعلان الدستورى، كما تعد أيضاً إخلالاً بالتوازن بين طرفى العلاقة الناشئة عن عقد وكالة العقود والتى تعتبر كفالته التزاماً على عاتق المشرع تفرضه قواعد العدالة المقررة بمقتضى المادة ٥ من الإعلان الدستورى[١].

وبالقضاء بعدم دستورية المادة ١٨٩ تجارى يكون رجوع وكيل العقود على الموكل بالتعويض لعدم تجديد العقد على أساس القواعد العامة للتعويض لإساءة استخدام الحق.

د ـ العقد المتضمن فترة الاختبار (Période d'essai):

قد يبرم الطرفان عقد الوكالة، ويتفقان فيه على مدة معينة للاختبار (Période d'essai). فى هذه الحالة يحتفظ كل من الموكل والوكيل بحق إنهاء الرابطة التعاقدية بينهما أثناء سريان فترة التجربة أو عدم إبرام العقد النهائى بعد انقضاء هذه الفترة. ولذلك لا يمكن لأى طرف أن يطالب الطرف الآخر بالتعويض عن إنهاء العقد قبل انقضاء فترة التجربة أو عدم إبرام العقد بعد انقضائها(٢).

---

(١) دستورية عليا فى ٢٠١٢/٦/١٤ فى القضية المقيدة تحت رقم ١٩٣ لسنة ٢٩ق قضائية "دستورية".

(٢) Hanine (J.-J.-), Agents Commerciaux, op. cit., n° 59.

ويشترط القضاء الفرنسى لصحة شرط التجربة فى وكالة العقود أن يتعلق بفترة تجربة حقيقة لا صورية، وأن تكون مدته قصيرة لا تتجاوز سنة واحدة[1]. وفى جميع الحالات لا يجوز تجديد عقد الوكالة تحت التجربة بتلك الصفة. ويعد العقد المبرم بعد انقضاء فترة التجربة عقداً نهائياً[2].

وقضى فى إحدى الدعاوى المنظورة أمام القضاء الفرنسى بأن إنهاء العقد من قبل الموكل أثناء فترة التجربة يجعل للوكيل الحق فى التعويض، إذا لم يكن الإنهاء مبنياً على أسباب تتعلق بجودة الخدمة المقدمة من الوكيل[3].

المبحث الثانى

الانقضاء المبتسر للوكالة التجارية

٢٤ـ أولاً: التنازل عن عقد الوكالة:

الأصل أن ينفذ الوكيل التجارى عقد الوكالة بنفسه، ولكن قد ينيب الوكيل عنه الغير فى تنفيذ العقد أو يتنازل له عن عقد الوكالة التجارية. وهنا يثار التساؤل: هل يعد استبدال الغير بالوكيل الأصلى فى تنفيذ عقد الوكالة سبباً من أسباب انقضاء العقد؟ وهل يرتب هذا الاستبدال الالتزام بالتعويض فى ذمة الوكيل؟.

القاعدة أن استبدال الغير بالوكيل الأصلى فى تنفيذ عقد الوكالة يمكن أن يتخذ أحد شكلين: إما تنازل عن عقد الوكالة (Cession de contrat) وإما وكالة من الباطن (Sous – contrat). ففى التنازل عن العقد، يحل المتنازل له محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات فى الرابطة العقدية

---

(١) Cass. Soc. 19 Juill. 1954.
مشار إلى هذا الحكم فى Hanine (j.-j,)، المرجع السابق، فقرة ٥٩.

(٢) Hémard (J.), Les Agents Commerciaux, op. cit., P. 613, n° 69; Cass Soc. 28 Avr. 1955, J. C. P. 57, II, 9725; Paris 13 Juill. 1983, Juris – Data n° 02 6899.

(٣) Paris 10 Juill. 1959.
مشار إلى هذا الحكم فى مقال Hanine (j.-j.)، سالف الإشارة إليه، فقرة ٥٩.

الموجودة، ويترتب على ذلك نشوء علاقة مباشرة متبادلة بين المتنازل لديه والمتنازل له. أما بالنسبة للتعاقد من الباطن، فإن أحد أطراف الرابطة العقدية الموجودة يتعاقد مع الغير؛ لينشئ علاقة قانونية جديدة موازية للعلاقة القانونية السابقة[1].

وتنظم المادة ٧٠٨ من القانون المدنى المصرى حالة قيام الغير بتنفيذ عقد الوكالة من الباطن، فتقضى بأنه: "١- إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة، دون أن يكون مرخصاً له فى ذلك، كان مسئولاً عن عمل النائب، كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامنين فى المسئولية. ٢- أما إذا رخص للوكيل فى إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب، فإن الوكيل لا يكون مسئولاً إلا عن خطئه فى اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدر له من تعليمات". ويبين من هذا النص أن استبدال الغير بالوكيل الأصلى من خلال شكل التعاقد من الباطن يكون صحيحاً، ولا يؤدى ذلك إلى انقضاء عقد الوكالة، ولكن يكون الوكيل مسئولاً عن أعمال نائبه مسئوليته عن عمله الشخصى، ويكون متضامناً معه فى المسئولية، إذا لم يرخص للوكيل فى تعيين نائب عنه. وإذا رخص له فى هذا التعيين، كان الوكيل مسئولاً عن خطئه فى الاختيار أو خطئه فى إصدار التعليمات لنائبه. وإذا تضمن العقد شرطاً يمنع الوكيل من أن ينيب عنه غيره فى تنفيذ العقد، فإن الإنابة تكون باطلة. ويبقى الوكيل هو وحده المسئول عن تنفيذ الوكالة[2].

أما عند تنازل الوكيل عن عقد الوكالة، فالأصل فى عقد الوكالة أنه من العقود المؤسسة على الاعتبار الشخصى، فلا يجوز التنازل عنه إلا إذا اتفق طرفا

---

(١) انظر فى التفرقة بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن: د. نبيل سعد، التنازل عن العقد، منشأة المعارف، ٢٠٠٠، ص ٨٤ وما بعدها؛ د. هشام فضلى، إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير، دراسة قانونية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص ١١٤ وما بعدها.

(٢) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء السابع، المرجع السابق، ص ٦٢٢ وما بعدها.

العقد على غير ذلك. وإذا تنازل الوكيل عن العقد للغير، فإن عقد الوكالة يلحقه الانقضاء، ما لم يقبل الموكل حلول الغير محل الوكيل الأصلى فى عقد الوكالة(1).

ويذهب الفقه إلى أنه فى حالة وكالة العقود، يكون لمركز الوكيل فى العقد قيمة مالية(2). فما دام قد أسلم بعمله فى جذب عنصر العملاء وزيادته للمشروع التجارى للموكل، فيكون له الحق فى الحصول على تعويض فى حالة فقدان المزايا المالية التى يدرها عليه هذا العنصر عند توقف العلاقة التعاقدية بينه وبين الموكل.

وتتعدد المظاهر التى تؤكد القيمة المالية لمركز وكيل العقود فى القانون الفرنسى، وأهمها: أولاً: أن المادة ١٢ / ٣ من قانون ١٩٩١ تعطى لورثة الوكيل المتوفى الحق فى التعويض عند انقضاء عقد الوكالة بالوفاة. ثانياً: أن المادة ١٣ جـ من قانون ١٩٩١ تسقط حق الوكيل فى الحصول على تعويض عن توقف علاقته التعاقدية مع الموكل، إذا تنازل عن العقد للغير، ووافق الموكل على هذا التنازل، على أساس أن الوكيل قد حصل من الغير على مقابل حلوله محله فى عقد الوكالة؛ ولذلك فلا يحق له الحصول مرة أخرى على تعويض عن فقدانه مركزه المالى فى العقد.

ويجرى الفقه الفرنسى على أنه من حق الموكل الاعتراض على شخص المتنازل إليه عن عقد الوكالة، دون أن يكون ملزماً بإبداء أسباب الرفض، استناداً إلى خصيصة الاعتبار الشخصى فى التعاقد التى تقوم عليها الوكالة، بيد أن ذلك لا يحول دون حق الوكيل التجارى فى التعويض عن فقدانه مركزه المالى فى العقد، شريطة ألا يكون العقد قد نص صراحةً على عدم جواز التنازل للغير عن عقد الوكالة(3).

---

(1) Hanine (J.-J.), Agents commerciaux, op. cit., n° 26.

(2) د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ١٢٧.

(3) Catoni (J.), La rupture du contrat d'agent commercial, op. cit., P. 133, n° 144.

وقد قضى بأنه إذا تضمن عقد وكالة العقود نصاً يحظر على الوكيل التنازل عن العقد للغير، فإن للموكل الحق فى التعويض عن الأضرار التى تلحق به من مخالفة الوكيل لهذا الشرط[1].

وإذا تضمن عقد الوكالة شرطاً صريحاً يقضى بالتزام الموكل بتعويض وكيل العقود فى حالة رفضه الخلف الذى يقدمه الوكيل، فإن الحق فى التعويض يثبت للوكيل دون حاجة إلى ثبوت التعسف من جانب الموكل. أما إذا لم يتضمن العقد هذا الشرط ، فإن رفض الموكل للخلف لا يلزمه بالتعويض إلا إذا ثبت تعسفه[2].

ولم يرد فى قانون التجارة المصرى أى تنظيم لمسألة التنازل عن العقد، إلا أنه ليس هناك ما يمنع أن يطالب الوكيل التجارى بالتعويض عن فقدان مركزه المالى فى العقد. ولا يعد ذلك مناقضاً لخصيصة الاعتبار الشخصى الملحوظ فى عقد الوكالة، إذ إن جزاء استبدال الغير بالوكيل الأصلى هو انقضاء العقد نزولاً على الاعتبار الشخصى فى التعاقد. أما التعويض فى حالة الانقضاء، فيكون مقرراً جبراً للأضرار التى تلحق بالوكيل، فبرفض الموكل لشخص الوكيل الجديد يكون قد حرم الوكيل القديم من الحصول على مقابل التنازل.

٢٥- ثانياً: الإفلاس:

تنص المادة ٢٠٠٣ من القانون المدنى الفرنسى على أن الوكالة تنقضى بإعسار الموكل أو الوكيل. وعلى الرغم من أن النص يواجه حالة الإعسار المدنى، فإن الفقه[3]

---

(١) Cass. Com. 20 Fév. 1978: Bull. Civ. IV, n° 67, R. T. D. Com. 1979, P. 318.

(٢) د. عبد الرزاق بو بندير، الأسباب الاختيارية والقانونية لانقضاء الوكالة التجارية، المرجع السابق، ص ١٧٧.

(٣) Guillouard (L), Traité de contrats aléatories et Mandats, 2 ème éd., p. 548, n° 243; Baudry – Lacantinerie (G.) et whal (A.), Traité théorique et pratique de droit civil, les contrats=

والقضاء[1] متفقان على مد مجال تطبيقه ليشمل تصفية أموال المفلس – سواء أكان موكلاً أم وكيلاً – أو خضوعه لإجراءات التسوية القضائية أو إفلاسه فى ظل تطبيق أحكام قانون الإفلاس الفرنسى الصادر عام ١٩٦٧ ، ما لم يطلب السنديك تنفيذ العقود الجارية[2].

ويبرر انقضاء الوكالة فى هذه الحالة بأن الموكل المفلس لا يستطيع أن يتصرف فى أمواله أو أن يديرها بنفسه، فلا يستطيع – على هذا – أن يديرها بوكيل عنه. وكذلك الحال فى حالة الوكيل المفلس الذى تغل يده عن إدارة أمواله، ومن ثم تغل عن إدارة أموال الغير، ومن بينها أموال موكله، والإعسار كالإفلاس فى ذلك لا فرق بينهما.

وفى ظل قانون الإفلاس الفرنسى رقم ٩٨/ ٨٥ الصادر فى ٢٥ يناير ١٩٨٥ ، فإن المادة ٣٧ منه تقضى بأن فتح إجراءات التقويم القضائى (redressement judiciaire) لا يؤدى إلى انحلال العقود التى أبرمها المفلس قبل شهر إفلاسه أو فسخها، بصرف النظر عن أى اتفاق أو نص فى القانون

= aléatoires, du mandat, du cautionnement, 3 ème éd. Paris, n° 841, p. 449; Aubry et Rau, Droit civil francais, tome VI, par Esmein (P.) et Ponsard (A.) 7 ème éd. Paris: Librairies technique, 1975. & 416, p. 284, n° 197; Mazeaud (H. L. et J.) et juglart (M.), Leçons de droit civil, tome III, 2 ème volume, Paris, Montchrestien, 1974, n° 1426, p. 879; Planiol (M.) et Ripert (G.), Traité pratique de droit civil francais, tome XI, par savatier (R.), 2 ème éd. Paris, L. G. D. J., 1954, n° 1459, p. 942; Alexandre (D.), Fin du mandat, art 2003 à 2010, op. cit., n° 133.

د. عبد الرزاق بو بندير، المرجع السابق، ص ٢٣٧.

(١) Besancon 20 Fév. 1985: D. 1986, inf. Rap. 8. obs. Derrida (F.); Reims ch. Civ. 16 Mars 1987, Juris Data n° 041799.

(٢) وكانت المادة ٣٨ من قانون الإفلاس الفرنسى الصادر فى عام ١٩٦٧ تنص على حق السنديك فى المطالبة بتنفيذ العقود الجارية بأداء العمل الذى تعهد به الطرف الآخر فى حالة التسوية القضائية أو تصفية الأموال.

يقضى بغير ذلك. فإذا تبين للمحكمة فشل خطة التقويم القضائى، فإنها تقضى بتصفية أموال المدين[1].

ومفاد هذا النص أن مجرد خضوع المدين المفلس – موكلاً كان أو وكيلاً – لإجراءات التقويم القضائى لا يترتب عليه انقضاء عقد الوكالة بقوة القانون. فإذا قررت المحكمة تصفية أموال المدين، فإن العقد ينحل من تاريخ صدور الحكم بالتصفية.

وفى حالة وكالة العقود، وهى وكالة قائمة على فكرة المصلحة المشتركة، فإن الوكيل فى القانون الفرنسى[2] يستحق تعويضاً عن الأضرار التى

---

(١) وتقوم فلسفة نظام الإفلاس الفرنسى على حماية منشأة المدين التجارية، وذلك بتمكينه من الاستمرار فى ممارسة نشاطه عن طريق إخضاعه لفترة مراقبة لا تتجاوز مدتها ثلاثة أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة. ويتقرر التقويم القضائى بناء على خطة تقرها المحكمة بعد انتهاء فترة المراقبة، وتقضى هذه الخطة إما باستمرار المدين فى استغلال نشاطه، أو بتنازله عن هذا الاستغلال كلياً أو جزئياً، فإذا تبين للمحكمة استحالة الأخذ بأى من هذين الحلين، قضت بالتصفية القضائية.

(٢) وكان القضاء، فى ظل القانون الفرنسى الصادر فى ١٩٥٨ الخاص بوكالات العقود، منقسماً حول مدى جواز التعويض، فذهبت محكمة استئناف ديجون إلى أن إنهاء العقد بسبب إفلاس الموكل ليس راجعاً لإرادته، ولكن إلى واقعة أجنبية عنه، ونتيجة لذلك، فإن هذا الانتهاء ليس تعسفياً، ولا يستحق الوكيل تعويضاً عنه.

CA Dijon 30 Oct. 1985, Gaz. Pal. 1986. 415.

وفى الاتجاه نفسه:

Paris 8 Juin 1979, D. 1980. 454, note Souleau.

هذا فى الوقت الذى أقرت فيه محكمة "كان" التجارية للوكيل بالحق فى الحصول على التعويض عن إنهاء وكالة العقود، إذا أدت التسوية القضائية للموكل إلى وقف نشاطه.

T. Com. Caen 28 Déc. 1966.

ويرجع الخلاف بين القانون القديم الصادر فى ١٩٥٨ والقانون الجديد الصادر فى ١٩٩١ إلى أن حق التعويض مقرر فى القانون الأخير للوكيل التجارى، فى حالة توقف العقد وليس فسخه.

انظر تفصيلاً فى ذلك:

El Hage (N.), La nouvelle réglementation du contrat d'agence commercial, R. T. D. com. 1994, P. 229.

د. رضا السيد، المرجع السابق، ص ١٠٥.

أصابته من توقف العلاقة بينه وبين الموكل المفلس. وتذهب المادتان ١٢ و١٣ من القانون الفرنسي رقم ٥٩٣/ ٩١ الصادر في ٢٥ يونيه ١٩٩١ إلى أنه إذا توقفت علاقة الوكيل مع الموكل، فيحق للوكيل الحصول على تعويض عن الأضرار التي أصابته. ويسقط هذا الحق، إذا كان توقف العقد راجعاً لخطأ جسيم من جانب الوكيل أو لمبادرة منه أو لتنازله عن العقد بعد موافقة الموكل. ويذهب البعض إلى أن التعويض في هذه الحالة يشمل التعويض عن الأضرار والتعويض عن فقد العملاء[١].

ويميز المشرع المصري في المادة ٦٢٣ تجاري بين طائفتين من العقود الملزمة، من حيث أثر الحكم بشهر الإفلاس عليها: **الأولى**: العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، فيترتب على شهر الإفلاس فسخها؛ لأن الإفلاس يؤدي إلى انهيار الاعتبار الشخصي. ويدخل في نطاق تلك الطائفة عقود الوكالة التجارية، ومن ثم فإن شهر إفلاس الموكل أو الوكيل يؤدي إلى فسخها[٢]. **الثانية**: العقود الأخرى التي لا تقوم على الاعتبار الشخصي، حيث تظل قائمة منتجة لآثارها، ولا يؤدي الإفلاس إلى فسخها.

ويجوز للمتعاقد الذي فسخ عقده — موكلاً كان أو وكيلاً — الرجوع على الطرف الآخر الذي أشهر إفلاسه بالتعويض المترتب على الفسخ، وفقاً للقواعد العامة[٣]. وفي هذه الحالة يشترك المتعاقد المضرور في التفليسة بصفته دائناً عادياً

---

(١) د. رضا السيد، المرجع السابق، ص ٦٥.

(٢) د. علي جمال الدين عوض، الإفلاس في قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، ص ٢٩٩. ويشير سيادته إلى المادة ٥٨٨/ ٢ من قانون التجارة الجديد التي تقضي بأنه لا يجوز لمن شهر إفلاسه أن ينوب عن غيره في إدارة أمواله.

(٣) وتقرر محكمة النقض المصرية أنه "للدائن الذي أجيب إلى فسخ عقده أن يرجع بالتعويض على المدين، إذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه راجعاً إلى خطئه بإهمال أو تعمد، ويبنى التعويض على أساس المسئولية التقصيرية وليس على أحكام المسئولية العقدية" (نقض ١٩٩٠/١٢/٥، مجموعة المكتب الفني، س ٤١، ص ٨٤٩).
وتقضي المادة ١٦٠ من القانون المدني بأنه "إذا فسخ العقد، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك، جاز الحكم بالتعويض".

بالتعويض المترتب على الفسخ، وهو ما تقضى به المادة ٦٢٣/ ٣ من القانون التجارى التى تنص على أنه "للمتعاقد الاشتراك فى التفليسة كدائن عادى بالتعويض المترتب على الفسخ، إلا إذا نص على احتفاظ التعويض بالامتياز المقرر له قانوناً".

وتسرى قاعدة انقضاء الوكالة بالفسخ على كل أشكال الوكالة التجارية، ومن بينها الوكالة بالعمولة ووكالة العقود، بوصفها قائمة على فكرة الاعتبار الشخصى[1].

وإذا كان التصرف موضوع الوكالة قابلاً للتجزئة بين الموكلين المتعددين أو الوكلاء المتعددين، فإن إشهار إفلاس أحد الموكلين أو الوكلاء لا يؤدى إلى انقضاء الوكالة إلا فى العلاقة بين الموكل المفلس والوكيل، وفى العلاقة بين الموكل والوكيل المفلس، وتستمر الوكالة بالنسبة للباقين. وعلى العكس، فإن عدم جواز تجزئة الصفقة موضوع الوكالة يؤدى إلى انقضاء الوكالة للجميع[2].

ويذهب الفقه والقضاء الفرنسيان إلى أن الوكالة لا تنقضى بإشهار إفلاس أحد طرفيها، إذا كانت شرطاً لعقد ملزم لجانبين مبرماً بين الموكل والوكيل أو بين الموكل والغير، وذلك على أساس عدم جواز تجزئة العقدين[3].

(١) وقد ذهبت محكمة استئناف ديجون إلى أن وكالة العقود تعد وكالة مبرمة للمصلحة المشتركة للطرفين، وتقوم على فكرة الاعتبار الشخصى لذا تنتهى بالتسوية القضائية وتصفية الأموال بوصفهما يماثلان الإعسار المنصوص عليه فى المادة ٢٠٠٣ من القانون المدنى.

C. A. Dijon 30 OCT. 1985, Gaz Pal. 1986, 415; Paris 8 Juin 1989, D. 1989, J., 454, note Souleau.

وانظر د. رضا السيد، المرجع السابق، ص ١٠٥.

(٢) **Alexandre (D.), Fin du mandat, op. cit., 141; Baudry – Lacantinerie (G.) et Whal (A.), op. cit., n° 867 bis, P. 459; Planiol (M.) et Ripert (G.), op. cit., n° 1495, P. 943.**

(٣) **Alexandre (D.), Fin du mandat, op. cit., 142; Guillouard (L.), op. cit., P. 548, n° 244; Baudry – Lacantinerie (G.) et Wahl (A.), op. cit., P. 450, n° 843.**

وتقرر محكمة النقض الفرنسية فى أحد أحكامها: =

وينقسم الفقه الفرنسى حول مدى جواز الاحتجاج بانقضاء الوكالة ؛ بسبب إفلاس الموكل فى مواجهة الوكيل الذى يجهل انقضاء الوكالة. فيرى البعض[1] أن تصرفات الوكيل فى هذه الحالة تعد صحيحة، قياساً على المادة ٢٠٠٨ مدنى فرنسى التى تقر صحة التصرفات التى يعقدها الوكيل، وهو يجهل بموت موكله أو الحجر عليه. فى حين يذهب آخرون[2] إلى أن حكم إشهار الإفلاس يحتج به فى مواجهة الكافة بمجرد صدوره، وهو اتجاه تؤيده محكمة النقض الفرنسية، على أساس أن علم الكافة بحالة الإفلاس يكون مفترضاً من تاريخ صدور الحكم[3].

٢٦ـ ثالثاً: فقدان الأهلية أو نقصها:

إذا طرأ نقص على أهلية الموكل أو الوكيل، كأن يحجر على أى منهما، انقضت الوكالة، فإذا حجر على الموكل، أصبح غير أهل للتصرف القانونى الذى صدر منه التوكيل فيه، وانقضت الوكالة؛ لأن الوكيل لا يستطيع مباشرة هذا التصرف، إذ لا يمكن أن ينصرف أثر التصرف إلى الموكل، وهو غير أهل له. أما إذا حجر على الوكيل، فإنه يصبح غير أهل للالتزامات الناشئة عن الوكالة، حتى ولو بقى أهلاً لمباشرة التصرف الموكول فيه، ومن ثم تنقضى الوكالة[4].

= "Si la faillite du mandate met fin au mandate par lui donné uniquement dans son intérêt, cet événement reste sans influence sur le mandate conféré dans L'intérêt du Mandant et du tiers, pour une affaire commune à toutes les parties".
Cass. Com. 28 Mars 1977, Bull. Civ. IV. n° 95.

(١) Aubry et Rau, op. cit., & 416, n° 197, P. 284; Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. XI, P. 943, n° 1495.

(٢) انظر المراجع العديدة التى أشار إليها الأستاذ (Alexandre (D.:
Alexandre (D.), Fin du Mandat, op. cit., n° 136.

(٣) Cass. Civ. 17 Déc. 1856: D. P. 57, I, 41.

(٤) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء السابع، المرجع السابق، ص ٨٤٨.

ويرى البعض أن صدور حكم بعقوبة جنائية على الموكل أو الوكيل يعد من قبيل الحالات التى تنقضى بها الوكالة. فالحكم بعقوبة جناية على الموكل يستلزم حرمانه من إدارة أمواله الخاصة مدة حبسه، ولا يجوز له أن يتصرف فى هذه الأموال إلا بناء على إذن المحكمة، ويعين قيم عليه للنيابة عنه. وكذلك الحال فى حالة الحكم على الوكيل التجارى بعقوبة جناية، فإذا كان يحرم من إدارة أمواله الخاصة، فيمنع – على هذا – من أن يكون وكيلاً عن الغير وينقضى عقد الوكالة[1].

٢٧- رابعاً: استحالة تنفيذ الوكالة:

ينقضى عقد الوكالة التجارية، إذا استحال تنفيذه مادياً أو قانونياً؛ تطبيقاً للقواعد العامة فى العقد. ويسرى على عقد الوكالة التجارية المستحيل تنفيذه بسبب القوة القاهرة أو الحادث الفجائى الأحكام نفسها التى تسرى على استحالة تنفيذ العقود، سواء أكان هذا فيما يتعلق بشروط انقضاء الالتزام التعاقدى أم آثار انقضائه[2].

وفى حالة قيام الموكل بإعادة تنظيم العمل بمنشأته التجارية (reorganization de L'entreprise) كأن يتوقف عن الإنتاج كلياً أو جزئياً أو ينتج سلعة بديلة أو يسوق السلعة أو الخدمة بنفسه، فإنه يجب التفرقة بين أمرين: هل هذه التغييرات قد فرضت بفعل القوة القاهرة أو كانت إرادية؟ فى الحالة الأولى تسرى عليها القواعد العامة فى استحالة تنفيذ العقود، أما فى الحالة

---

(١) د. محمد على عرفة، أهم العقود المدنية، الكتاب الأول، فى التأمين والعقود، القاهرة، مطبعة نهضة مصر، ١٩٤٥، ص ٤٢٧، ص ٣٢٨. مشار إليه فى مؤلف د. عبد الرزاق بو بندير، المرجع السابق، ص ٢٢٦، ص ٢٢٧.

(٢) د. عبد الرزاق بو بندير، المرجع السابق، ص ٢٧٥، ٢٧٦.

الثانية فتطبق عليها قواعد إنهاء الوكالة التجارية بالإرادة المنفردة التى تنظمها المواد ١٦٣ و١٨٨ و١٨٩ من قانون التجارة الجديد(١).

أما فى فرنسا، فإن المادة ١٣ من القانون الصادر فى ٢٥ يونيه ١٩٩١ تحدد الحالات التى لا يستحق فيها وكيل العقود تعويضاً من الموكل عن انقضاء الوكالة التجارية، وهى: الخطأ الجسيم للوكيل وتنحيه عن الوكالة أو تنازله عن العقد بموافقة الموكل، ولا يدخل ضمن تلك الحالات إعادة تنظيم المؤسسة؛ ولذلك فإذا أنهى الموكل العقد استناداً لإعادة تنظيم العمل بمنشأته، فإنه يلتزم بتعويض الوكيل، أياً كانت الصورة التى تتخذها إعادة التنظيم(٢).

٢٨ـ خامساً: الفسخ:

يجوز إنهاء عقد الوكالة التجارية عن طريق طلب فسخه، إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزاماته، كما تنقضى الوكالة إذا علقت على شرط فاسخ، وتحقق

---

(١) د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ١١٥.

(٢) **L'art 13 de la Loi n° 91 – 593 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants: "La réparation prévue à L'article précedent n'est pas due dans les cas suivants:**

a) La cessation du contra test prouvoquée par la faute grave de l'agent commercial.

b) La cessation du contrat résulte de l'initiative de l'agent à moins que cette cessation ne soit justifiée par des cironstances imputables au mandat ou dues à L'âge, L'infirmité ou la maladie de l'agent commercial, par suite desquels la poursuite de son activité ne peut plus être raisonnablement exigée.

C). Selon un accord avec le mandant, L'agent commercial céde à un tiers les droits et les obligations qu'il détient en vertu du contrat d'agence".

هذا الشرط. ويسرى على عقد الوكالة فى حالة طلب فسخه أو تحقق الشرط الفاسخ الأحكام نفسها التى تطبق على فسخ العقود، سواء أكان ذلك يتعلق بشروط طلب الفسخ أم تحقق الشرط الفاسخ، أم آثار الفسخ وأحكام الانقضاء[1].

---

(١) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء السابع، المرجع السابق، ص ٨٤٩ ؛ د. عبد الرزاق بو بندير، المرجع السابق، ص ٢٩٥.

الفصل الثانى

أسباب الانقضاء وخصائص الوكالة التجارية

٢٩ ـ طبيعة الوكالة وعدم كفاية الأسباب العامة للانقضاء:

راعى المشرع الطبيعة الخاصة لعقد الوكالة لذا لم يكتف بأسباب انقضائها بمقتضى الأحكام العامة لانقضاء العقود، وأضاف إليها أسباباً خاصة للانقضاء تتفق مع تلك الطبيعة ورد النص عليها فى القانونين المدنى والتجارى. وهو ما سنعالجه فى المبحثين التاليين:

المبحث الأول

الانقضاء وخصيصة

الاعتبار الشخصى فى الوكالة

٢٩ مكرر ـ انقضاء عقد الوكالة التجارية بالموت:

يعد موت الموكل أو الوكيل أحد أسباب انقضاء الوكالة، وفقاً لأحكام المادة ٢٠٠٣ من القانون المدنى الفرنسى والمادة ٧١٤ من القانون المدنى المصرى. ويرجع ذلك إلى قيام عقود الوكالة على فكرة الاعتبار الشخصى، أى إن شخصية كل طرف فيه محل اعتبار لدى الطرف الآخر؛ ولذلك ذهب القضاء الفرنسى إلى أن شخصية كل طرف فيه محل اعتبار لدى الطرف الآخر، ولذلك ذهب القضاء الفرنسى إلى أنه إذا كان الاعتبار الذى وضعه المتعاقد فى حسبانه عند إبرام عقد الوكالة ليس الصفات الشخصية للوكيل، وإنما الخصائص المميزة للمؤسسة التى يملكها، فإن عقد الوكالة لا ينقضى بوفاة الوكيل مالك المؤسسة[1].

وسنبين فى المطلبين التاليين قواعد انقضاء الوكالة بالوفاة ونطاقها والاستثناءات الواردة عليها التى تختلف حسب كون واقعة الوفاة تلحق الوكيل (المطلب الأول) أو الموكل (المطلب الثانى).

---

(١) Amiens 15 Déc. 1960, Gaz. Pal. 1961. I. 198; Hanine (J.H.), Agents Commerciaux, op. cit., n° 7.

المطلب الأول
انقضاء الوكالة التجارية بموت الوكيل

٣٠ـ قاعدة الانقضاء ليست من النظام العام:

تنتهي الوكالة بموت الوكيل ؛ لأن الموكل قد اختاره وكيلاً، لاعتبار شخصي فيه، فلا يحل ورثته محله بعد موته. وإذا كان الوكيل شركة أو شخصاً معنوياً آخر، فإن عقد الوكالة ينتهي بحلها رضاءً أو قضاءً، حيث إن الحل بالنسبة للشخص المعنوى يقابل الوفاة بالنسبة للشخص الطبيعي. ولكن عقد الوكالة يظل قائماً أثناء فترة التصفية، إذ أن الشركة تحتفظ بشخصيتها المعنوية خلال تلك الفترة، ولا تزول إلا بانتهاء أعمال التصفية[١].

وإذا تعدد الوكلاء ومات أحدهم، لم تنته الوكالة إلا بالنسبة إلى من مات منهم، إذا كان الباقون يملكون أن يستقلوا بتنفيذ الوكالة. أما إذا كان على الوكلاء أن يعملوا مجتمعين، فإن موت أحدهم ينهى الوكالة بالنسبة إليهم جميعاً[٢].

وانتهاء الوكالة بموت الوكيل ليس من النظام العام، ومن ثم يجوز لطرفى عقد الوكالة الاتفاق على عدم انقضاء الوكالة بموت الوكيل التجارى. ويحصل كثيراً من الناحية العملية أن يأخذ هذا الاتفاق شكل شرط يدرج فى عقد الوكالة يعطى لورثة الوكيل المتوفى الحق فى أن يقدموا خلفاً لمورثهم. وقد يكون الخلف من الورثة أو من الغير.

ولم يبين قانون التجارة المصرى أثر وفاة الوكيل على عقد الوكالة التجارية. ويذهب الفقه إلى تطبيق الأحكام الواردة فى القانون المدنى على انقضاء الوكالة التجارية[٣]. وقضى بأنه فى غياب أى اتفاق خاص، فإنه لا يوجد أى

(١) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص ٨٥٠.

(٢) د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ٩٦.

(٣) د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ٩٤.

سبب لاستبعاد تطبيق قاعدة انقضاء الوكالة بوفاة الوكيل على عقد وكالة العقود[1].

ونظراً للقيمة المالية لمركز الوكيل فى عقد وكالة العقود، إذ إنه يسهم مع الموكل فى جذب العملاء لمشروع الموكل التجارى وزيادة عددهم ويكون من حقه - على هذا - أن يجنى ثمار مجهوده، فقد نصت المادة ٣/١٢ من القانون الفرنسى الصادر فى ٢٥ يونيه ١٩٩١ على أن يستفيد الخلف العام لوكيل العقود من التعويض، إذا كان إنهاء عقد الوكالة راجعاً لوفاة الوكيل. وهذا الحكم يتعلق بالنظام العام، ولا يجوز الإتفاق على مخالفته.

ويذهب رأى فى الفقه المصرى إلى أنه بالرغم من سكوت قانون التجارة الجديد، فإن لورثة الوكيل المتوفى الحق فى الحصول على مقابل عن إنهاء العقد بوفاته، تأسيساً على القيمة المالية التى يمثلها مركز الوكيل المتوفى فى عقد وكالة العقود ودخول تلك القيمة فى الذمة المالية للمتوفى[2].

المطلب الثانى

انقضاء الوكالة التجارية بموت الموكل

٣١ـ الأصل والاستثناء:

تنتهى الوكالة أيضاً بموت الموكل. وإذا كان الموكل شركة، انتهت الوكالة بحلها، كما هو الحكم فى الوكيل. وإذا تعدد الموكلون ومات أحدهم، لم تنته الوكالة إلا بالنسبة إلى من مات منهم. هذا ما لم تكن الوكالة غير قابلة للتجزئة فتنتهى بالنسبة إلى الموكلين جميعاً.

واستثناء من هذا الأصل المتقدم، تستمر الوكالة، على الرغم من وفاة الموكل، وذلك فى الحالات الآتية:

---

(١) Cass. Com. 20 Avr. 1967; J. C. P. 68, II, 15389; R.T.D. Com. 1968, 112, obs. Hémard (J.).

(٢) د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ٩٩.

أولاً: إذا اتفق طرفا العقد على عدم انتهاء الوكالة، رغم موت الموكل. ويرجع ذلك إلى أن قاعدة انقضاء الوكالة بموت الموكل ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على مخالفتها[1]. ويمكن لطرفي عقد الوكالة الاتفاق على عدم بدء تنفيذ عقد الوكالة إلا بعد وفاة الموكل[2].

ثانياً: إذا كانت الوكالة صادرة لمصلحة الوكيل أو الغير، فلا تنتهي بموت الموكل، كما إذا وكل شخص شخصاً معيناً آخر في قبض ثمن البيع ودفع الثمن سداداً لدين في ذمة الموكل للوكيل أو للغير[3].

ثالثاً: إذا ارتبطت الوكالة بعقد آخر لا ينتهي بالموت ارتباطاً لا يتجزأ. ومن أمثلة ذلك وكالة المؤمن عن المؤمن له في أن يباشر في مواجهة الغير الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين الذى لا ينتهي بموت المؤمن له[4].

رابعاً: لا تنقضي الطلبات والتفويضات كعقود الوكالة الصادرة من التاجر في شئون تتعلق بنشاطه التجاري بوفاته. ومع ذلك يجوز لورثته إلغاؤها، إذا قرروا عدم الاستمرار في التجارة، وفي هذه الحالة لا يستحق في ذمتهم أي تعويض، إذا أخطروا المتعاقد مع المورث برغبتهم في الإلغاء في ميعاد مناسب[5].

---

(١) Alexandre (D.), Fin du Mandat, op. cit., n° 92.

(٢) Guillouard (L.), op. cit., n° 232, P. 537; Alexandre (D.), op. cit., n° 93.

(٣) د. سمير إسماعيل، الإعتبار الشخصي في التعاقد، رسالة من الإسكندرية، ١٩٧٥، المرجع السابق، ص ٢٣٩.

(٤) د. سمير إسماعيل، المرجع السابق، ص ٢٣٩.

(٥) المادة ٥١ من قانون التجارة الجديد.

المبحث الثانى
الانقضاء واتصاف عقد الوكالة بأنه غير لازم

المطلب الأول
عزل الوكيل التجارى

٣٢ـ حق العزل قاعدة من النظام العام:

الأصل فى الوكالة أنها تصدر لمصلحة الموكل، وهذا يستوجب أن تكون له سلطة إنهائها متى شاء بعزل الوكيل، إذا لم تعد له مصلحة فى استمرارها، دون أن يكون للوكيل الاعتراض على ذلك أو المطالبة بتعويض. ويستوى فى ذلك أن تكون الوكالة معينة المدة أو غير معينة المدة. وكما أن للموكل أن يعزل الوكيل، فله الحق من باب أولى فى تقييد سلطات الوكيل. ويكون هذا عزلاً جزئياً من الوكالة.

هذا الأصل هو ما جرت به نصوص القانونين المصرى والفرنسى، فتنص المادة ٧١٥/ ١ من القانون المدنى على أن "يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها"(١)، وتؤكد المادة ١٦٣ من قانون التجارة الجديد هذه القاعدة بقولها: "يجوز لكل من طرفى عقد الوكالة التجارية إنهاء العقد فى كل وقت". وهذا ما تقرره المادة ٢٠٠٤ من القانون المدنى الفرنسى التى تقضى بأنه "يجوز للموكل متى شاء أن ينهى التوكيل".

وحق الموكل فى عزل وكيله قاعدة من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، ومن ثم لا يجوز للوكيل أن يشترط بقاءه وكيلاً حتى إنهاء العمل الموكل إليه. بل إن للموكل عزله ـ رغم وجود هذا الشرط. والنص صريح فى هذا المعنى، إذ تقرر المادة ٧١٥/ ١ من القانون المدنى أنه "يجوز للموكل فى أى

---

(١) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء السابع، المجلد الأول، المرجع السابق، ص ٨٥٩؛ د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى، المرجع السابق، ص ١٠٥.

Guillourard (L.), op. Cit., n° 215, P. 525; Baudry – Lacantinerie (G.) et Wahl (A.), op. cit., n° 9.

وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك"، وكما لا يجوز للوكيل أن يشترط عدم قابليته للعزل، فإنه لا يجوز له أن يشترط حصوله على تعويض، إذا عزله الموكل، إذ أن هذا الشرط يعد تقييداً لحرية الموكل فى عزل موكله[1].

ولا يشترط القانون أن يأخذ العزل شكلاً معيناً، فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى العزل يكفى، وقد يكون هذا العزل صريحاً، كما قد يكون ضمنياً. ومن تطبيقات العزل الضمنى: أن يعين الموكل وكيلاً آخر للعمل نفسه الذى كلف الوكيل الأول بأدائه، أو أن ينفذ الموكل بنفسه العمل محل الوكالة[2].

ويتعين على الموكل إخطار الوكيل فى حالة عزله. فإذا لم يخطر الموكل الوكيل بالعزل، كان ملزماً بجميع التصرفات التى يجريها هذا الأخير، وهو يجهل العزل. ولا يشترط شكل معين لعلم الوكيل بالعزل أو التقييد، بل يكفى وصول العلم بأية طريقة[3].

وإذا تعدد الموكلون وعزل أحدهم الوكيل، فإن العزل يقتصر أثره على العلاقة بين الوكيل والموكل الذى صدر منه العزل، وتبقى الوكالة قائمة بالنسبة إلى الموكلين الآخرين، هذا بشرط أن تكون الصفقة موضوع الوكالة قابلة للتجزئة

---

(١) د. عبد الرزاق السنهورى، المرجع السابق، ص ٨٦٢؛ د. سميحة القليوبى، المرجع السابق، ص ١٠٥.
ويتفق الفقه والقضاء الفرنسيان على أن المادة ٢٠٠٤ مدنى مقررة فقط لمصلحة الموكل، فيكون للأخير الحق فى التنازل صراحة عن حقه فى عزل وكيله.
انظر فى ذلك:
Guillouard (L.), op. cit., n° 217, P. 527; Baudry – Lacantineire (G.) et Wahl (A.), op. cit., n° 818, P. 436; Alexandre (D.), op. cit., n° 16; Cass. Civ. I, 16 Juin 1970, D. S. 1971, j 261, note Aubert.
د. سامى الدريعى، الوكالة غير القابلة للعزل فى القانون الكويتى والقانون الفرنسى، مجلة الحقوق الكويتية، السنة ٢٥، العدد الرابع، ص ١٧٣ وما بعدها.

(٢) د. عبد الرازق السنهورى، المرجع السابق، ص ٨٦؛ د. سميحة القليوبى، المرجع السابق، ص ١٠٥.

(٣) د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى، المرجع السابق، ص ١٠٦.

بين الموكلين المتعددين. فإذا لم تكن تقبل التجزئة، فإن الوكيل لا ينعزل حتى بالنسبة إلى الموكل الذى صدر منه العزل إلا بإجماع الموكلين[1].

ويتعين على الوكيل التجارى بعد عزل وكيله وقتما شاء – سواء أكان العقد محدداً أم غير محدد المدة – مجموعة من الاستثناءات بعضها تفرضه القواعد العامة فى القانون المدنى، وبعضها الآخر تقرره القواعد الخاصة فى قانون التجارة الجديد.

٣٣ – تقييد حق الإنهاء:

يرد على قاعدة حرية الموكل فى عزل وكيله وقتما شاء – سواء أكان العقد محدد أم غير محدد المدة – مجموعة من الاستثناءات بعضها تفرضه القواعد العامة فى القانون المدنى، وبعضها الآخر تفرضه القواعد الخاصة فى قانون التجارة الجديد. هذا ما سنبينه فى البنود التالية :

٣٤- أولاً: قيود العزل فى القانون المدنى:

تقيد المادة ٧١٥ من القانون المدنى حق الموكل فى عزل الوكيل فى حالتين :

٣٥- أولاً - عدم جواز العزل إلا لعذر مقبول وفى وقت مناسب تحت طائلة التعويض:

إذا كانت الوكالة بأجر، فإن الموكل يملك عزل الوكيل، بشرط أن يكون العزل بعذر مقبول وفى وقت مناسب. فإذا عزل الموكل الوكيل بغير عذر مقبول أو فى وقت غير مناسب، فإن العزل يكون صحيحاً، وتنتهى الوكالة، ولكن الموكل يكون ملزماً بتعويضه عن الضرر الذى يلحقه من جراء هذا العزل[2].

---

(١) د. عبد الرزاق السنهورى، المرجع السابق، ص ٨٦٢.
Baudry – Lacantinerie (G.) et Wahl (A.), op. cit., n° 821, P. 438; Guillouard (L.), op. cit., n° 221, P. 529; Alexandre (D.), op. cit., n° 29; Cass. Civ. 3 Nov. 1947, J. C. P. 47, II, 4009.

(٢) وتقرر محكمة النقض أن "النص فى المادة ٧١٥/ ١ من القانون المدنى يدل على أنه إن كان للموكل أن يعزل الوكيل فى أى وقت، فإنه فى حالة الوكالة بأجر يحق للوكيل أن يرجع على الموكل بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب عزله، إذا كان فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه=

ويخضع تقدير هذا التعويض لسلطة القاضى التقديرية. ويوازن المشرع المصرى بهذا القيد بين حق الموكل فى عزل وكيله ومصلحة الأخير فى الأجر الذى يحصل عليه من الوكالة، فاستوجب ألا ينطوى العزل فى هذه الحالة على تعسف من جانب الموكل.

والوكيل هو الذى يتحمل عبء إثبات أن عزله كان فى وقت غير مناسب أو كان بغير عذر مقبول؛ لأن الأصل أن الوكيل لا يتقاضى تعويضاً عن عزله، فإذا طالب بتعويض، وجب عليه أن يثبت السبب القانونى الذى يستحق من أجله التعويض. وإذا فشل الوكيل فى الإثبات، فإنه يحرم من التعويض، حتى ولو لم يرتكب أى خطأ فى مباشرة أعمال الوكالة[1].

ويعد من قبيل العزل فى الوقت المناسب أن يعزل الموكل الوكيل بعد إتمام العمل الذى عهد به إليه وقبل الشروع فى عمل آخر، ولو لم تنقض مدة الوكالة، فى حين يعد عزلاً فى وقت غير مناسب عزل الوكيل التجارى بعد البدء فى الصفقة التى كلف بإجرائها وقبل إتمامها، إذ يترتب على عزل الوكيل فى هذا الفرض ضياع مجهوده وما أنفقه من أموال فى سبيل إبرام الصفقة[2].

=بإلزام الطاعنة بالتعويض على أنها أنهت الوكالة فى وقت غير مناسب، لأنها أخطرت المطعون عليه بفسخ العقد مخالفة شروطه التى توجب أن يكون الإخطار قبل إنتهاء المدة بثلاثة أشهر وأنها بذلك تكون قد أساءت استعمال حقها فى إنهاء عقد الوكالة، وهو ما يكفى لإقامة الحكم على أساس قانونى سليم فى قضائه بالتعويض، فمن ثم فإنه لايكون فى حاجة بعد ذلك إلى بحث التعويض على أساس إنهاء الوكالة بغير عذر مقبول؛ لأن أحد الأساسين يكفى وحده للقضاء بالتعويض".
نقض ٢٩ أبريل ١٩٧٥، مجموعة المكتب الفنى، س ٢٦، ص ٨٥٤.

(١) د. عبد الرزاق السنهورى، المرجع السابق، ص ٨٦٥؛ د. سعيد يحيى، الوكلاء التجاريون، مجلة القانون والاقتصاد، مارس – يونيو ١٩٧٧، ص ٩٦.
وتذهب محكمة النقض الفرنسية إلى أن صفة التعسف تلتصق بقرار الإنهاء، إذا لم يكن لدى الموكل لحظة الإنهاء ما يبرر قراره.
Cass. Civ. I, 11 Déc. 1973, Bull. Civ. I, n° 364.

(٢) د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى، المرجع السابق، ص ١١٠؛ عبد الرزاق بو بندير، المرجع السابق، ص ١١٦.

ويعد عذراً مقبولاً لتبرير عزل الوكيل إخلاله بالتزاماته المقررة قانوناً أو بمقتضى عقد الوكالة، مثل ضعف النشاط الذى يبذله؛ لإبرام الصفقة أو قيامه بأعمال الوكالة لحساب تاجر منافس لموكله[1].

ويجوز الاتفاق بين طرفى عقد الوكالة على حق الموكل فى عزل الوكيل فى أى وقت دون أن يكون مسئولاً قبله عن أى تعويض. ويعد هذا الاتفاق وارداً على الإعفاء من المسئولية العقدية مما يجيزه القانون. وهذا ما جرت به المادة ٢١٧ مدنى التى تقرر أنه يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أى مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم. وتجدر الإشارة هنا إلى أن قاعدة حق الموكل فى عزل الوكيل هى من النظام العام، فلا يجوز الإتفاق على عكسها، إعمالاً لحرية أساسية يتمتع بها الشخص فى أن يباشر التعاقد بنفسه وأن ينيب عنه غيره ممن يكون موضع ثقته. أما التزام الموكل بالتعويض تجاه الوكيل فى حالة الإنهاء التعسفى للوكالة، فهو يتعلق بالتزام عقدى، وليس حقاً مقرراً لمصلحة الوكيل؛ ولذا فإنه لا يتعلق بالنظام العام، ويجوز الاتفاق على إعفاء الموكل من التعويض[2].

٣٦ـ ثانياً ـ عدم جواز العزل فى حالة الوكالة الصادرة لمصلحة الوكيل أو لمصلحة أجنبى تحت طائلة البطلان:

تنص المادة ٧١٥/ ٢ من القانون المدنى على أنه "إذا كانت الوكالة صادرة لمصلحة الوكيل أو لمصلحة أجنبى، فإنه لا يجوز فى هذه الحالة عزل الوكيل أو تقييد الوكالة دون رضاء من صدرت الوكالة لمصلحته"، ومثال أن تكون الوكالة فى مصلحة الوكيل أن يوكل الشركاء فى الشيوع شريكاً منهم فى إدارة المال الشائع، فهذه وكالة ليست فحسب فى مصلحة الموكلين، بل هى أيضاً فى مصلحة الوكيل. وكذلك إذا وكل الأخير فى إدارة مال للموكل؛ لاستيفاء دين له من غلة هذا المال. وتتحقق مصلحة الوكيل أيضاً عندما يوكل المؤمن له

---

(١) د. سميحة القليوبى، المرجع السابق، ص ١١٠.

(٢) نقض ١٩٩٤/١٢/٢٥، مجموعة المكتب الفنى، س ٤٥، ص ١٦٦١.

شركة التأمين لمباشرة الدعاوى التى ترفع منه أو عليه، بسبب الخطر المؤمن له. فالوكالة تكون فى هذا الفرض فى مصلحة الوكيل، وهو شركة التأمين.

ومن تطبيقات الوكالة فى مصلحة الغير أن يوكل شخص شخصاً آخر فى بيع منزل له وقبض الثمن ووفاء دين فى ذمته للغير من هذا الثمن، فهذه وكالة فى مصلحة الغير وهو الدائن.

ويضيف الفقه الفرنسى للوكالة غير القابلة للعزل تطبيقاً آخر يتحقق فى حالة تعدد الموكلين مع عدم قابلية الصفقة موضوع الوكالة للانقسام بين الموكلين. فى هذا الفرض، لا يجوز لأحد الموكلين أو بعضهم أن ينهى الوكالة دون رضائهم جميعاً، فالوكالة فى هذا الفرض تكون صادرة لمصلحة الموكلين جميعاً. ولذا لا يجوز إنهاؤها إلا برضائهم المشترك[1].

وتختلف الآثار المترتبة على العزل فى حالة الوكالة الصادرة لمصلحة الوكيل أو الغير عن الحالة السابقة المتعلقة بوجوب مراعاة أن يأتى قرار العزل فى وقت مناسب أو بعذر مقبول، إذ إن الإنهاء فى الأولى يكون باطلاً، ولا ينعزل الوكيل، وتبقى وكالته قائمة ومنتجة لآثارها على الرغم من عزله، وتنصرف آثار تصرفاته إلى الموكل، لذا يقال إن العقد فى هذه الحالة غير قابل للإلغاء بصفة مطلقة (irrévocabilité absolue). أما فى الثانية، فإن الإنهاء يكون صحيحاً، وينعزل الوكيل عن الوكالة، ولا تسرى تصرفاته فى حق الموكل بعد العزل، إلا أن للوكيل أن يرجع على الموكل بالتعويض تأسيساً على فكرة التعسف فى استعمال الحق. وتوصف عدم القابلية للإنهاء فى هذه الحالة بأنها نسبية (irrévocabilité relative)، لأن الإنهاء يكون صحيحاً، ولكنه يرتب الالتزام بالتعويض متى توفرت شروطه[2]

---

(١) Alexandre (D.), Fin du Mandat, op. cit., n° 28.

(٢) انظر فى تلك التفرقة:

د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ٥٠ وما بعدها.

٣٧ـ ثانياً: قيود العزل فى قانون التجارة الجديد:

أجازت المادة ١٦٣ من قانون التجارة الجديد للموكل إنهاء عقد الوكالة التجارية فى كل وقت. وهى قاعدة من النظام العام ورد النص عليها فى المادة ٧١٥ من القانون المدنى، وتمليها طبائع الأمور، فالأصل أن الوكالة تصدر لمصلحة الموكل؛ لذا يكون له سلطة إنهائها متى شاء بعزل الوكيل.

ويقع إنهاء الوكالة صحيحاً ومنتجاً لأثره، ولو وقع دون إخطار سابق أو فى وقت غير مناسب أو غير مستند إلى سبب جدى أو عذر معقول[١]. ومع ذلك يجوز للوكيل أن يرجع على الموكل بالتعويض بقيود حددتها المادة ١٦٣ من قانون التجارة الجديد، تختلف بحسب كون العقد محدد المدة أو غير محدد المدة.

ففى حالة العقد غير محدد المدة، فإن الموكل يكون مسئولاً عن تعويض الوكيل عن الضرر الذى لحقه من جراء عزله فى وقت غير مناسب أو دون إخطار سابق. ويكفى تحقق أى من الأمرين لانعقاد مسئولية الموكل. وفيما عدا هذين القيدين المتعلقين بضرورة الإخطار السابق وأن يتم الإنهاء فى وقت مناسب، فإن حق كل من الطرفين فى إنهاء العقد غير محدد المدة هو حق مطلق غير مقيد بأسباب معينة[٢].

أما فى حالة العقد محدد المدة فيجب أن يستند إنهاء العقد إلى سبب جدى ومقبول فى الوقت نفسه، وإلا قام التزام الموكل بالتعويض[٣]. ولم يشترط المشرع فى هذه الحالة عدم صدور خطأ من الوكيل لاستحقاق التعويض. وفكرة السبب الجدى أوسع من فكرة خطأ الوكيل وأشمل، إذ إن خطأ الوكيل يعد أحد تطبيقات هذا السبب الذى ينصرف إلى تطبيقات أخرى عديدة، تخضع فى تقديرها لسلطة قاضى الموضوع[٤].

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

(٣) د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى، المرجع السابق، ص ١٠٧.

(٤) د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ١٤٤.

وتختلف قيود التعويض عن الإنهاء فى الوكالة التجارية عن تلك المتعلقة الوكالة بصفة عامة الواردة فى القانون المدنى من زوايا عديدة: الأولى: أن القيود الواردة فى المادة ١٦٣ تجارى تفرق بين عقود الوكالة محددة المدة وعقود الوكالة غير محددة المدة، فى حين لا تعرف المادة ٧١٥ مدنى هذه التفرقة. الثانية: أنه فى حالة إنهاء عقد الوكالة التجارية غير محدد المدة، فإن الموكل يكون مسئولاً عن التعويض، إذا جاء قرار العزل فى وقت غير مناسب أو دون إخطار سابق. ويكفى تحقق أى من الأمرين. أما عند إنهاء عقد الوكالة بصفة عامة، فإن التزام الموكل بالتعويض لا يقوم إلا إذا كان العزل بعذر غير مقبول وفى وقت غير مناسب. ويجب توفر الأمرين معاً. الثالثة: أن المشرع فى قانون التجارة الجديد يوفر حماية للوكيل التجارى فى العقود محددة المدة أشد من الحماية التى يوفرها القانون المدنى للوكيل غير التجارى بأجر، ففى حالة الوكالة التجارية محددة المدة، تنعقد مسئولية الموكل، إذا عزل وكيله دون أن يستند العزل إلى سبب جدى ومقبول. أما فى حالة الوكالة غير التجارية بأجر، فيكفى أن يعزل الموكل وكيله فى وقت مناسب ولعذر مقبول؛ حتى يتخلص من المسئولية. ويعد السبب الجدى والمقبول معياراً أكثر تشدداً من العذر المقبول والوقت المناسب. ويبدو أن هذا التشدد يرجع إلى أن مصلحة الوكيل الذى يحترف إجراء المعاملات التجارية لحساب الغير تكون أكثر تضرراً فى حالة انقضاء عقود الوكالة التجارية محددة المدة عن غيرها من عقود الوكالة.

٣٨ـ ثالثاً: قيود العزل فى حالة وكالة العقود:

وسنتعرض لقيود إنهاء وكالة العقود فى القانونين المصرى والفرنسى تباعاً، فى البنود التالية:

٣٩ ـ أ ـ فى القانون المصرى:

تنعقد وكالة العقود للمصلحة المشتركة لطرفى عقد الوكالة. وتكمن تلك المصلحة فى وجود عملاء للمشروع التجارى قد جذبوا بالتعاون المشترك بين الوكيل والموكل، بحيث يكون لكل منهما مصلحة فى الحفاظ على هؤلاء العملاء

وزيادة عددهم ؛ بغية زيادة أرباح المشروع التجارى للموكل، ومن ثم زيادة ما يحصل عليه الوكيل التجارى من عمولات[1].

وفى ضوء تلك الطبيعة الخاصة لعقد وكالة العقود قيد المشرع المصرى حق الموكل فى إنهاء العقد فى المادة ١٨٨ / ١ من قانون التجارة الجديد التى تنص على أن "تنعقد وكالة العقود لمصلحة الطرفين المشتركة، فإذا كان العقد غير محدد المدة، فلا يجوز للموكل إنهاؤه دون خطأ من الوكيل، وإلا كان ملزماً بتعويضه عن الضرر الذى لحقه من جراء عزله. ويبطل كل اتفاق يخالف ذلك".

ويبين من هذا النص أن المشرع يوفر لوكيل العقود حماية كبيرة ؛ بسبب الطبيعة الخاصة للعقد وارتباطه بمصلحة الطرفين المشتركة، فلم يجز إنهاء العقد غير محدد المدة إلا لخطأ الوكيل، وإلا كان الموكل ملزماً بتعويضه عن الضرر الذى لحقه من جراء عزله. ويعد خطأ وكيل العقود بصفته شرطاً للتعويض عن الإنهاء فى عقود وكالة العقود أضيق نطاقاً من حالتى الإخطار السابق أو الوقت المناسب والتى تتطلب المادة ١٦٣ توفر إحداهما للتعويض عن الإنهاء فى عقود الوكالة التجارية عامةً.

أما فى حالة وكالة العقود محددة المدة، فقد سكت المشرع عن بيان نظامها القانونى فى حالة قيام الموكل بإنهائها بإرادته المنفردة ؛ ولذلك يسرى عليها حكم المادة ١٦٣ من قانون التجارة الجديد المتعلق بعقود الوكالة التجارية بصفة عامة. وتقضى المادة سالفة الذكر بأنه إذا كان العقد معين المدة وجب أن يستند إنهاؤه إلى سبب جدى ومقبول، وإلا استحق التعويض[2].

وينتقد البعض[3] موقف المشرع المصرى فى التفرقة بين أحكام إنهاء وكالة العقود بالإرادة المنفردة للموكل فى حالة العقود غير محددة المدة عنها فى حالة العقود محددة المدة. فالمشرع قد تطلب توفر السبب الجدى، حتى يعفى

---

(١) راجع فى فكرة المصلحة المشتركة فى عقود الوكالة، المقدمة العامة لهذا البحث.
(٢) د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ١٤٤.
(٣) د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ١٤٤، ص ١٤٥.

الموكل من دفع التعويض عن إنهاء العقد محدد المدة. ويكون بذلك قد وفر لوكيل العقود حماية أقل من الحماية المقررة له فى حالة العقود غير محددة المدة، حيث إن الموكل لا يفلت من قواعد المسئولية عن الإنهاء فى العقود الأخيرة إذ يكفى لاستحقاق الوكيل للتعويض توفر عنصر الضرر فقط، ولا يشترط صدور خطأ من جانب الموكل. ولا سبيل لتخلص الأخير من مسئوليته إلا إثبات خطأ الوكيل. وتعد فكرة السبب الجدى أوسع نطاقاً وأشمل من فكرة خطأ الوكيل.

ولا يجوز الاتفاق على مخالفة الأحكام المتعلقة بإنهاء وكالة العقود، كما لا يجوز الاتفاق على حرمان الوكيل من التعويض[1].

٤٠ - ب - فى القانون الفرنسى:

كانت المادة ٣/ ٢ من القانون الفرنسى الصادر فى ٢٣ ديسمبر ١٩٥٨ تنص على أن إنهاء الموكل لعقد وكالة العقود بإرادته المنفردة دون خطأ من الوكيل، يعطى للأخير الحق فى الحصول على تعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء ذلك[2].

ووسع القانون الصادر فى ٢٥ يونيه ١٩٩١ من مجال استحقاق التعويض، فلم يقصره على الحالة التى تنقضى فيها العلاقة بالإرادة المنفردة للموكل، بل مده إلى كل الحالات التى توقف فيها العلاقة التعاقدية بين الموكل والوكيل. ويستفيد الخلف العام للوكيل من التعويض، إذا كان إنهاء عقد الوكالة راجعاً لوفاة الوكيل. وتتعلق تلك الأحكام بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على عكسها[3].

---

(١) د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى، المرجع السابق، ص ١٨٨.

(٢) انظر فى عزل الوكيل فى القانون الفرنسى القديم:

Catoni (J.), La rupture du Contrat d'agent Commercial, op. cit., Guyénot (J.), V.-R. P. et agents commerciaux, op. cit.; Hanine (J.-J.), Agents Commerciaux, Fasc. 1250, op. cit.

(٣) انظر فى عزل الوكيل وفقاً للقانون الفرنسى الجديد: =

ويسقط الحق فى التعويض، إذا كان توقف العلاقة التعاقدية راجعاً لخطأ جسيم من جانب الوكيل أو لمبادرة منه ما لم تكن تلك المبادرة راجعة إلى ظروف تتعلق بالموكل أو بسن الوكيل أو عجزه أو مرضه، بحيث يصعب عليه الاستمرار فى مباشرة نشاطه على الوجه المطلوب، أو لتنازله عن العقد بعد موافقة الموكل.

ويلتزم الموكل – تحت طائلة المسئولية[1] – بإخطار الوكيل قبل إنهاء العقد غير محدد المدة[2]. ولا يسرى هذا الالتزام، إذا كان انتهاء العقد راجعاً لخطأ الوكيل الجسيم أو بسبب القوة القاهرة.

المطلب الثانى

تنحى الوكيل التجارى

٤١ ـ حق الوكيل فى التنحى قاعدة من النظام العام:

يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة فى أى وقت قبل إتمام العمل الموكول إليه. وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٧١٦ من القانون المدنى المصرى

= Antinmattei (P.H.) – Raynard (J.), Droit Civil, Contrats Spéciaux, Litec, deuxième édition, P. 387 et s.; Malaurie (P.)-Aynès (L.), Cours de droit civil, les contrats spéciaux, civils et commerciaux, Cujas, 1999, P. 325 et s. Barbieri (J.-J.) Contrats Civils – Contrats commerciaux, Masson, 1995, Paris, P. 395 et s.; Leloup (J.-M.), Agents Commercial, op. cit., n° 70 et s.; El-Hage (N.),La nouvelle réglementation du Contrat d'agence Commercial, R.T.D.Com.,1994, P.225 et s.

د. رضا السيد، المرجع السابق، المرجع السابق، ص ١٣٩ وما بعدها.

(١) Martine de La Moutte (I.), Agents commerciaux, representants Mandataires, Juris Classeurs, Commercial, 202, n° 47 et 48.

(٢) وتنص المادة ١١ من القانون الفرنسى الصادر فى ٢٥ يونيه ١٩٩١ على أن المدة المحددة للإخطار هى شهر بالنسبة للسنة الأولى وشهران للسنة الثانية وثلاثة شهور للسنة الثالثة وما يليها من سنوات.

بقولها: "يجوز للوكيل أن ينزل فى أى وقت عن الوكالة، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك".

ويعد حق الوكيل فى اعتزاله الوكالة قاعدة من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها. ومن ثم لا يجوز للموكل أن يشترط على الوكيل البقاء فى الوكالة، حتى يتم العمل الموكول إليه. ويرى البعض بطلان الشرط الذى يعطى للموكل الحق فى التعويض عند تنحى الوكيل؛ لأن ذلك يعد تقييداً لحرية الوكيل فى التنحى، التى تعد من النظام العام[1]، فى حين يذهب البعض الآخر إلى اتجاه معاكس، ويرون أن الشرط فى هذه الحالة شرط جزائى يقره القانون، ويخضع لرقابة القضاء[2].

ولم يفرض القانون شكلاً خاصاً للتنحى، فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى التنحى يكفى، وكما يكون التنحى صريحاً يجوز أن يكون ضمنياً[3]. ولا ينتج التنحى أثره إلا بوصوله إلى علم الموكل، ولهذا تقرر المادة ٧١٦/ ١ من القانون المدنى المصرى أنه "ويتم التنازل بإعلانه للموكل".

وإذا تعدد الموكلون، وكانت الوكالة قابلة للتجزئة، جاز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة بالنسبة إلى بعض الموكلين دون بعضهم الآخر. أما إذا كانت الوكالة غير قابلة للتجزئة، فإنه لا يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة بالنسبة إلى جميع الموكلين[4].

---

(١) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء السابع، المرجع السابق، ص ٨٧٢.

(٢) د. أكثم الخولى، العقود المدنية، الصلح والهبة والوكالة، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٩٥٧، ص ٢٤٨.

(٣) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء السابع، المرجع السابق، ص ٨٧١.

(٤) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء السابع، المرجع السابق، ص ٨٧١.

٤٢ ـ القيود الواردة على حق الوكيل فى التنحى فى القانون المدنى:

يتقيد حق الوكيل فى التنحى بقيدين ورد النص عليهما فى المادة ٧١٦ من القانون المدنى، وهما:

أولاً: إذا كان الوكالة بأجر، فلا يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة إلا بعذر مقبول وفى وقت مناسب. فإذا لم يراع الوكيل ذلك، وقع التنازل صحيحاً، ولكنه يكون ملزماً بتعويض الموكل عن الضرر الذى يلحقه من الاعتزال[1].

ثانياً: وإذا كانت الوكالة صادرة لمصلحة أجنبى، كأن يكون الوكيل معهوداً إليه بوفاء دين لأجنبى فى ذمة الموكل من المال الذى يقع فى يده لهذا الأخير، فعند ذلك لا يجوز للوكيل التنحى إلا بشروط ثلاثة: أن تقوم أسباب جدية تبرر التنحى، وأن يخطر الوكيل الأجنبى بالتنحى، وأن يمهله وقتاً كافياً؛ ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه. ويكون الوكيل مسئولاً عن تعويض الأجنبى، إذا تنحى عن الوكالة دون مراعاة لهذه الشروط. ويكون التنحى فى هذه الحالة صحيحاً؛ لأنه لا يجوز إجبار الوكيل على المضى فى أعمال الوكالة[2].

وقد بينت المادة ٢٠٠٧ من القانون المدنى الفرنسى شروط اعتزال الوكيل وآثاره بقولها "يجوز للوكيل التنازل عن الوكالة بإخطار الموكل بتنازله، غير أن الوكيل يكون ملزماً بتعويض الموكل عن الضرر الذى يصيبه نتيجة التنازل، ما لم يكن من المستحيل على الوكيل الاستمرار فى الوكالة دون أن يتكبد هو نفسه ضرراً معتبراً".

---

(١) وتنص المادة ٧١٦/ ١ من التقنين المدنى المصرى على أنه "يجوز للوكيل أن ينزل فى أى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، ويتم التنازل بإعلانه للموكل. فإذا كانت الوكالة بأجر، فإن الوكيل يكون ملزماً بتعويض الموكل عن الضرر الذى لحقه من جراء التنازل فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول".

(٢) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء السابع، المرجع السابق، ص ٨٧٣.

٤٢ - القيود الواردة على حق الوكيل التجارى فى التنحى فى قانون التجارة الجديد:

يجيز قانون التجارة الجديد للوكيل التجارى التنحى عن عقد الوكالة، بيد أن هذا الحق يكون محملاً ببعض القيود التى يختلف تحديدها بحسب كون العقد محدداً أو غير محدد المدة على النحو التالى:

٤٤ - أ - العقد غير المحدد المدة:

يشترط أن يكون تنحى الوكيل التجارى واعتزاله أعمال التجارة فى الوقت المناسب، أو بناء على إخطار سابق للموكل حتى يتمكن الأخير من التعاقد مع وكيل آخر إذا اقتضى الأمر ذلك. فإذا لم يراع الوكيل ذلك كان مسئولاً عن تعويض الموكل عن الضرر الذى يلحقه من جراء اعتزاله. لذلك تقضى المادة ١٦٣ تجارى بأنه: "يجوز لكل من طرفى عقد الوكالة التجارية إنهاء العقد فى كل وقت، ولا يستحق التعويض إلا إذا ومع إنهاء العقد دون إخطار مسبق أو فى وقت غير مناسب ...".

أما فى حالة وكالة العقود، فإن المشرع تبنى فى المادة ١٨٨ / ٢ تجارى حكم المادة ٧١٦ مدنى، وألزم الوكيل بتعويض الموكل عن الضرر الذى يصيبه وإذا تنازل عن الوكالة فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول. وتقرر المادة ١٨٨ / ٢ أنه: "كما يلتزم الوكيل بتعويض الموكل عن الضرر الذى أصابه إذا نزل عن الوكالة فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول". ومن أمثلة العذر المقبول مرض الوكيل أو تغيير مهنته أو سفره، ومن تطبيقات الوقت غير المناسب أن يتنحى الوكيل أثناء تنفيذ إحدى الصفقات المهمة.

ويذهب البعض فى تفسيره للمادة ٧١٦ مدنى – والتى تبناها المشرع التجارى فى المادة ١٨٨ / ٢ تجارى – إلى أن هناك خطأ مادياً فى صياغة المادة، وأن الصحيح هو استبدال (أو) بـ (و) ليكون النص على الوجه الآتى "... من جراء التنازل فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول"[1] أما اشتراط أن يكون التنحى فى وقت غير مناسب وبعذر غير مقبول فى أن واحد لقيام مسئولية

(١) د. عبد الرزاق السنهورى، المرجع السابق، ص ٨٧٢، هامش رقم (٤).

الوكيل عن التعويض، فينطوى على تشدد مع الوكيل فى الوقت الذى منحه المشرع الحق فى أن يتنازل عن الوكالة وقتما شاء"[1].

٤٥ ـ ب ـ العقد محدد المدة:

تقضى المادة ١٦٣ من قانون التجارة الجديد بأنه "إذا كان العقد معين المدة وجب أن يستند إنهاؤه إلى سبب جدى ومقبول وإلا استحق التعويض". ويسرى هذا الحكم على سائر عقود الوكالة التجارية بما فيها وكالة العقود.

وفى القانون الفرنسى، فإن المادة ٢/١١ من القانون الصادر فى ٢٥ يونيه ١٩٩١ تعطى الوكيل الحق فى التنحى عن وكالة العقود غير محددة المدة بشرط الإخطار المسبق، وإلا كان مسئولاً عن تعويض الموكل عن الأضرار التى أصابته من جراء هذا الإخلال. أما فى العقود محددة المدة، فلم ينص المشرع الفرنسى على الحكم الواجب تطبيقه، إلا أن المادة ١٣/ ب ذكرت حالة مبادرة الوكيل بإنهاء العقد ضمن الحالات التي لا يستحق فيها تعويضاً عن توقف علاقاته العقدية مع الموكل، وهو ما يعنى حق الوكيل فى التنحى دون تطلب إخطار مسبق[2].

وتقضى المادة ١٣/ ب من القانون الفرنسى الصادر فى ٢٥ يونيه ١٩٩١ بأن وكيل العقود يحرم من التعويض عن توقف علاقاته التعاقدية مع الموكل، إذا كان الإنهاء راجعاً لمبادرة منه، ما لم تكن تلك المبادرة راجعة إلى ظروف تتعلق بالموكل أو سن الوكيل أو عجزه أو مرضه، بحيث يصعب عليه الاستمرار فى مباشرة نشاطه على الوجه المطلوب. ويستفاد من هذا النص أن وكيل العقود المتنحى أو المعتزل يستحق تعويضاً عن توقف علاقته العقدية مع الموكل، وذلك عن الأضرار التى تصيبه من فقدان عنصر العملاء، بشرط أن يكون التنحى

---

(١) د. رضا السيد، المرجع السابق، ص ١٢٨. وفى ذات الاتجاه نقض ٣١ ديسمبر ١٩٧٥، مجموعة المكتب الفنى، س ٢٦، ص ١٧٥٧؛ وعكس ذلك د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى، المرجع السابق، ص ١٩٢.

(٢) د. رضا السيد، المرجع السابق، ص ١٣٤.

راجعاً إلى ظروف تخص الموكل أو لمرض الوكيل أو سنه أو عجزه عن ممارسة نشاطه. وفيما عدا تلك الحالات، فإن الوكيل المتنحى أو المعتزل لا يستحق تعويضاً، بل يذهب رأى فى الفقه الفرنسى إلى أنه يكون عندئذ مسئولاً عن الأضرار التى تلحق الموكل نتيجة التنحى[1].

---

(1) El- Hage (N.), op. cit., P. 374.

الباب الثانى
عقد الوكالة التجارية وآثار الانقضاء
"مظاهر الحماية من الأضرار المترتبة على انقضاء الوكالة"

٤٦ـ تمهيد:

يطرح انقضاء الوكالة – على بساط البحث – العديد من المشكلات من بينها: أولاً: تحديد الأحكام الواجب إعمالها فى الفترة الانتقالية الواقعة بين تحقق سبب الانقضاء وترتيب أثر الانقضاء. ثانياً: وسائل جبر الأضرار الناتجة عن انقضاء الوكالة. ثالثاً: نطاق التزام الوكيل التجارى بعدم المنافسة. وتدور المسائل السابقة جميعها فى فلك واحد يتعلق بالحد من الأضرار المترتبة على انقضاء الوكالة.

لذا، نقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول على النحو التالى:

الفصل الأول: الانقضاء وتنظيم العلاقة فى الفترة الانتقالية.

الفصل الثانى: الانقضاء وحماية المضرور من خلال فكرة التعويض.

الفصل الثالث: الانقضاء والتزام الوكيل التجارى بعدم المنافسة.

الفصل الأول
الانقضاء وتنظيم العلاقة فى الفترة الانتقالية

٤٧ ـ الالتزامات فى الفترة من تحقق سبب الانقضاء حتى إعمال أثر الانقضاء:

متى توفر سبب الانقضاء، فإنه يثار التساؤل عن الأحكام الواجب تطبيقها على الوكالة التجارية عند وقوع الانقضاء وعقبه، فهل يلتزم أى من طرفى العقد بإخطار الطرف الآخر بالانقضاء؟ وهل يتعين على الوكيل أن يتوقف عن مباشرة التصرفات القانونية لحساب الموكل مطلقاً أو يكون ملزماً بالمضى فى مباشرة بعض الأعمال؟ وهل يجوز استمرار عقد الوكالة على الرغم من قرار الموكل بالإنهاء؟.

٤٨ـ أولاً ـ عدم سريان الإنهاء فى مواجهة الطرف الآخر إلا من تاريخ الإخطار:

إذا عزم أى من طرفى عقد الوكالة التجارية على استخدام حقه فى إنهاء العقد، فإن هذا الإنهاء لا ينتج أثره فى مواجهة الطرف الآخر إلا بإخطاره بهذا الإنهاء. وتطبق تلك القاعدة سواء أكان العقد محدداً أم غير محدد المدة[1].

فلا تنتهى الوكالة بمجرد تحقق سببها، بل يجب أن يعلم الوكيل بسبب الإنهاء، فمن المتصور أن يعتقد الغير الذى يتعامل مع الوكيل أن الوكالة لا تزال سارية وحيث يظل سند الوكالة بيد الوكيل، فيطمئن الغير باستمرار الوكالة، لاسيما إذا كان الوكيل نفسه لا يعلم بانتهاء الوكالة. وترتيباً على ذلك، فإن عدم وصول إخطار إنهاء الوكالة إلى الوكيل يرتب نفاذ التصرفات التى يقوم بها الأخير فى ذمة الموكل أو خلفائه[2].

---

(١) د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى، المرجع السابق، ص ١١٢.

(٢) د. سميحة القليوبى، المرجع السابق، ذات الموضع.

وتقضى محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها بما نصه:

"النص فى المادة ١٠٧ من القانون المدنى يدل على أن القانون لا يحمى الغير الذى تعامل مع النائب الظاهر مع انقضاء النيابة ليضاف تصرفهما إلى الأصيل إلا إذا كان النائب والغير كلاهما معاً يجهلان إنقضاء النيابة وقت التعاقد. لما كان ذلك وكان=

وتقضى المادة ٢٠٠٨ من القانون المدنى الفرنسى بأنه إذا كان الوكيل يجهل بانقضاء الوكالة، فإن الأعمال التى يقوم بها وهو جاهل بواقعة الانقضاء تعد صحيحة. كما تقضى المادة ٢٠٠٩ مدنى بأن التصرفات التى يجريها الوكيل فى الحالات المنصوص عليها فى المادة ٢٠٠٨ تكون نافذة فى مواجهة الغير حسن النية.

وفى هذا المقام، يتعين التمييز بين الإخطار بصفته ضابطاً لسريان الانقضاء فى مواجهة الطرف الآخر الذى لا يعلم بواقعة الانقضاء، وبين الإخطار بصفته قيداً على حرية الموكل فى الإنهاء والوكيل فى التنحى. فى الحالة الأولى، يكون جزاء تخلف الإخطار عدم سريان واقعة الانقضاء فى مواجهة

=الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بقوله "وكان الثابت من الأوراق ومن إقرار المدعى عليه الأول – المطعون ضده الأول المؤرخ ١٩٨٩/٢/٢٨ بالغائه للتوكيل الصادر منه للمدعى عليه الأول – المطعون ضده الثالث – وكان الثابت أيضاً اتصال علم المدعى عليه الأول علماً يقينياً بإلغاء التوكيل، وذلك من الشهادة الصادرة من وزارة المواصلات – إدارة البريد قسم الاستعلامات البريدية – والمؤرخة ١٩٨٩/٨/٣٠ بدولة الكويت والتى تفيد وصول المسجل رقم .... حسب العنوان المدون عليه بتاريخ ١٩٨٩/٣/١٥ وقد تأكد ذلك بما لا يدع مجالاً للشك من عقد الاتفاق المؤرخ فى ١٩٨٩/٤/١ المحرر فيما بين المدعيين – المطعون ضدهما الأول والثانى – والمدعى عليه الأول بالبند الرابع بمسئولية المدعى عليه الأول إذا كان هناك أى تصرفات بناء على التوكيل الصادر له أو تصرفات أخرى على عين النزاع، وكان البين من هذه الأسباب أنها خلت من ثبوت علم الطاعن بإلغاء وكالة المطعون ضده الثالث قبل تعاقده معه على إيجار المخزن محل النزاع وأن محكمة الموضوع قد استدلت على أن هذا الأخير قد علم علما يقينيا بانقضاء نيابته عن المطعون ضدهما الأول والثانى فى أعمال الإدارة وإبرام عقود الإيجار منذ ١٩٨٩/٣/١٥، وهو تاريخ توزيع الرسالة المسجلة رقم ... التى أرسلها له المطعون ضده الأول من دولة الكويت حسبما ورد بالشهادة الصادرة من قسم الاستعلامات البريدية بدولة الكويت المؤرخة ١٩٨٩/٨/٣٠، وكان ما تضمنته هذه الشهادة من توزيع الرسالة المسجلة على عنوان المرسل إليه – على فرض أنها تضمنت إخطار المطعون ضده الثالث بإلغاء وكالته عن المطعون ضدهما الأول والثانى – لا يتأدى منه وصولها إليه واستلامه لها حتى يمكن القول بأنه علم بفحواها وبانقضاء نيابته عنهما".

نقض ٢١ فبراير ١٩٩٣، مجموعة المكتب الفنى، س ٤٤، ص ٦٧٨.

الطرف الذى لا يعلم، أما فى الحالة الثانية، فإن جزاء تخلف الإخطار يكون هو التعويض للطرف المضرور.

٤٩ـ ثانياً ـ التزام ورثة الوكيل المتوفى بالإخطار بالوفاة وباتخاذ التدابير الضرورية:

تنص المادة ٧١٧/ ٢ من القانون المدنى على أنه "وفى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدبيرات ما يقتضيه الحال لصالح الموكل"[1] ويبين من هذا النص أن المشرع يضع على عاتق ورثة الوكيل المتوفى التزامين: الأول يتعلق بإخطار الموكل بموت الوكيل التجارى والثانى يتصل باتخاذ التدابير الضرورية لحماية مصالح الموكل.

فأما عن الالتزام الأول، فإن ورثة الوكيل المتوفى ملزمون بإخطار الموكل بموت مورثهم، حتى يمكنه أن يختار وكيلاً جديداً ؛ للاضطلاع بأعمال الوكالة، بيد أن الموكل لا يستطيع الرجوع على ورثة الوكيل المتوفى بالتعويض إلا إذا كانوا على علم بوجود الوكالة ومحل إقامة الموكل[2].

ويلتزم ورثة الوكيل – ثانياً – بأن يتخذوا التدابير التى تقتضيها الظروف لمصلحة الموكل. هذا بافتراض علمهم بوجود عقد وكالة بين الموكل ومورثهم المتوفى. وإذا استحال على الورثة الاتصال بالموكل، فهم غير ملزمين بالاستمرار فى تنفيذ الوكالة، ويجوز لهم اللجوء إلى القضاء؛ ولتعيين حارس قضائى بدلاً منهم[3].

ولا يلتزم ورثة الوكيل المتوفى بالاستمرار فى تنفيذ أعمال الوكالة بصورة كلية، وإنما يكون موضوع التزامهم اتخاذ التدابير اللازمة التى تقتضيها

---

(١) وتقابلها المادة ٢٠١٠ من القانون المدنى الفرنسى.

(٢) Baudry – Lacantinerie et Whal op. cit., P. 445, n° 836; Guillouard, op. cit., P. 542 et s. n° 238 et s.
د. عبد الرزاق بو بندير، المرجع السابق، ص ٢٠٧.

(٣) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., P. 242, n° 1494.
د. عبد الرزاق بو بندير، المرجع السابق، ص ٢٠٧.

الظروف لمصلحة الموكل. ويذهب الفقه الفرنسى إلى أن ورثة الوكيل المتوفى يلتزمون بالقيام فقط بالأعمال العاجلة والضرورية (Les actes urgents et nécessaries). ويكون الورثة فى أثناء قيامهم بتلك الأعمال وكلاء حقيقيين، وليسوا مجرد أشخاص فضوليين، فى ضوء حلولهم قانوناً محل مورثهم فى القيام بأعمال الوكالة الضرورية. ويحق للورثة – بهذه الصفة – الرجوع على الموكل فى ضوء أحكام عقد الوكالة بالمصاريف التى أنفقوها فى سبيل القيام بالأعمال العاجلة والضرورية. أما خارج نطاق الأعمال العاجلة والضرورية، فتنظم العلاقة بين الموكل والوكيل فى ضوء أحكام الفضالة[1].

وإذا استمر الورثة فى تنفيذ أعمال الوكالة، مهما كانت طبيعة الأعمال التى أجروها، مع علم الموكل بذلك بعد إخطاره بموت الوكيل، ودون اعتراض منه، اعتبر ذلك اتفاقاً ضمنياً على استمرار الوكالة[2].

ولا يلتزم ورثة الوكيل المتوفى بإخطار الموكل بوفاة وكيلهم وبالاستمرار فى تنفيذ أعمال الوكالة الضرورية إلا إذا توافرت فيهم الأهلية[3].

---

(١) Baudry – Lacantinerie et Wahl, op. cit., P. 405, n° 836; Gaillouard, op. cit., P. 542 et s., n° 238 et s.; Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t., XI, P. 242, n° 1494; Alexandre (D.), op. cit., n° 114.

(٢) Guillouard, op. cit., P. 542 et s., n° 238 et s.; Baudry – Lacantinerie et Wahl. Op. cit., P. 416, n° 859; Alexandre (D.), op. cit., n ° 114.

(٣) وقد سكتت المادة ٢٠١٠ من القانون المدنى الفرنسى عن تنظيم تلك المسألة، بيد أنه من المستقر عليه أن ورثة الوكيل المتوفى القصر أو عديمى الأهلية غير ملزمين بما تقضى به المادة ٢٠١٠ من القانون المدنى الفرنسى من التزامات على الورثة فى حالة وفاة مورثهم على أساس عدم التزامهم بالعقود التى يبرمها، وأن هذا الالتزام ينتقل إلى الوصى؛ لأن هذه المادة تفرض الالتزامين السالف ذكرهما على ورثة الوكيل عامة. ويعد الوصى نائباً عن الورثة القصر وعديمى الأهلية.
أنظر تفصيلا: د. عبد الرزاق بو بندير، المرجع السابق، ص ٢٠٨.
أما المشرع المصرى فقد اشترط صراحة توفر الأهلية فى ورثة الوكيل المتوفى حتى يصبحوا مخاطبين بأحكام المادة ٧١٧/ ٢ من القانون المدنى.

٥٠ـ ثالثاً ـ التزام الوكيل بالمحافظة على مصلحة الموكل:

يلتزم الوكيل التجارى، فى حالة انقضاء الوكالة، أن يراعى جانب الموكل، فلا يترك الأعمال التى كلف بالقيام بها فى حالة تتعرض معها للتلف. فإذا كان الوكيل مكلفاً بشراء سلعة معينة وتسلم بعض الكميات منها، وجب عليه – على الرغم من انقضاء الوكالة – أن يستمر فى تسلم باقى الصفقة، كما يلتزم بالمحافظة على البضائع، ولا يتركها عرضة للتلف أو الضياع، حتى يتسلمها الموكل أو من ينوب عنه[١].

ويلتزم الوكيل التجارى بأن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف، أياً كان سبب انقضاء الوكالة[٢]. ويشترط القضاء الفرنسى[٣] فى الخطر الذى يبرر استمرار الوكيل فى الأعمال التى بدأها أن يكون هذا الخطر وشيك الوقوع.

٥١ـ رابعاً ـ استمرار عقد الوكالة دون الاعتداد بقرار الإنهاء:

إذا كانت الوكالة صادرة لمصلحة الوكيل أو لمصلحة أجنبى، فلا يجوز للموكل أن ينهيها أو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لمصلحته. ويقع باطلاً قرار الإنهاء الذى يصدره الموكل، فلا ينعزل الوكيل وتبقى وكالته قائمة ومنتجة لآثارها رغم عزله، وتنصرف آثار تصرفاته إلى الموكل. ويطلق على عقود الوكالة فى هذه الحالة "العقود غير القابلة للإلغاء بصفة مطلقة". وقد ورد النص على هذا النوع من عقود الوكالة فى المادة ٧١٥/ ٢ من القانون التى تقضى بأنه "..... إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى، فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه".

---

(١) د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى، المرجع السابق، ص ١١٢.

(٢) المادة ٧١٧/ ١ من القانون المدنى المصرى وتقابلها المادة ١٩٩١ من القانون المدنى الفرنسى.

(٣) Lyon 28 Mars 1895: D. P. 96, 2347.

مشار إليه فى Alexandre (D.)، سالف الإشارة إليه، بند ١١١. وجاء فى قضاء المحكمة مانصه: "أن الالتزام الذى تفرضه الفقرة الثانية من المادة ١٩٩١ من القانون المدنى على الوكيل يتعلق بعمل خاص ومعين، ولايمكن التوسع فيه ليشمل العمليات المتعددة والمعقدة التى تنطوى عليها تصفية تجارة مهمة".

ويجيز المشرع للموكل أن يعزل الوكيل المأجور، بشرط أن يكون ذلك فى وقت مناسب أو بعذر مقبول، وأن يعزل الوكيل التجارى، بشرط مراعاة القيود الواردة فى المادة ١٦٣ تجارى التى تقضى بأن يكون الإنهاء بإخطار سابق أو فى وقت مناسب للعقود غير محددة المدة، ويكون مستنداً إلى سبب جدى ومقبول للعقود محددة المدة. فإذا لم يحترم الموكل هذه القيود الواردة على حق الإنهاء، فإن هذا لا يؤدى إلى استمرار الوكيل فى أعمال الوكالة، بل يقع قرار الإنهاء صحيحاً، وينعزل الوكيل عن الوكالة، فلا تنفذ تصرفاته فى حق الموكل بعد العزل، بيد أن للوكيل الرجوع على الموكل بالتعويض عن الأضرار التى لحقت به تأسيساً على فكرة التعسف فى استعمال الحق. ويطلق على عقود الوكالة فى هذه الحالة "العقود غير القابلة للإلغاء بصفة نسبية"[1].

وينطبق الحكم نفسه على وكالة العقود التى تبرم لمصلحة الوكيل والموكل المشتركة، ذلك أن عدم احترام قيود الإنهاء لا يؤدى إلى بطلان القرار الصادر من الموكل بالإنهاء، بل يقع قرار البطلان صحيحاً، ويكون جزاء الإنهاء التعسفى فى نطاق فكرة التعويض. وفى بعض الأحيان، يكون التعويض مستحقاً للوكيل عن واقعة الانقضاء نفسها، على ما سيبين فى الجزء التالى.

وفى بعض الأحيان، يفرض المشرع حداً أدنى لمدة عقد الوكالة حماية للوكيل، ومثال ذلك وكالة العقود، حيث اشترط المشرع التجارى أن تكون مدة عقد وكالة العقود خمس سنوات على الأقل، إذا طلب الموكل أن يقيم الوكيل مبانى أو منشآت، سواء أكانت لعرض المنتجات أم لإصلاحها. فإذا فرض وأبرم عقد وكالة العقود لأقل من خمس سنوات، اعتبر العقد ممتداً إلى خمس سنوات بقوة القانون حيث تعد القاعدة المتعلقة بمدة العقد قاعدة آمرة لا يجوز مخالفتها[2].

---

(١) انظر فى التفرقة بين الإلغاء بصفة مطلقة والإلغاء بصفة نسبية:
Catoni (J.), op. cit., P. 22 et s; Alexandre (D.), op. cit., n° 99.
د. رضا السيد، المرجع السابق، ص ٥٠ وما بعدها.

(٢) د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى، المرجع السابق، ص ١٩٠؛ د. رضا السيد، المرجع السابق، ص ٨٤.

الفصل الثانى
الانقضاء وحماية المضرور
من خلال فكرة التعويض

٥٢ـ نوعان من التعويض:

يستحق الوكيل التجارى تعويضاً عن الأضرار التى تلحق به من انقضاء العقد. وينقسم التعويض المستحق عند الانقضاء إلى نوعين: الأول: هو التعويض عن العملاء والثانى: هو التعويض عن الأضرار. فما هو المقصود بكل نوع من هذين النوعين، وما حالات استحقاق كل منهما وشروطه؟ هذا ما سنبينه فى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: الانقضاء والتعويض عن العملاء.

المبحث الثانى: الانقضاء والتعويض عن الأضرار.

المبحث الأول
التعويض عن العملاء
فى حالة وكالة العقود

٥٣ـ دواعى تقرير هذا النوع من التعويض عند عدم تجديد العقد:

ظهرت فكرة التعويض عن العملاء لأول مرة فى فرنسا بموجب القانون الصادر فى ١٨ يوليه ١٩٣٧ الخاص بالجوالين والممثلين التجاريين، وقد أصبح هذا القانون فيما بعد جزءاً من قانون العمل الفرنسى. فالمهمة الرئيسية للممثل التجارى البحث عن عملاء؛ لتصريف منتجات الموكل وخدماته فيشترك بمجهوده فى تكوين عنصر العملاء، ومن ثم فإنه يستحق نصيباً من عائد هذا العنصر، يختلف بحسب عدد العملاء وما يتحقق من أرباح من جراء التعامل معهم. ولا يختلط هذا التعويض الأخير بالتعويض عن الأضرار التى تصيب الوكيل من انقضاء عقد الوكالة. واقتبس القضاء الفرنسى التعويض عن العملاء من نظام الممثلين التجاريين، وطبقه فى حالات انقضاء وكالة العقود[1].

---

(١) انظر تفصيلاً:

Catoni (J.), La rupture du contrat d'agent commercial, op. cit., P. 143 et s.

د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ١٥٧ وما بعدها.

أما فى مصر فلم يرد التعويض عن العملاء فى أى قانون، وجاء النص على هذا التعويض للمرة الأولى فى المادة ١٨٩ من قانون التجارة الخاصة بوكلاء العقود، التى تقضى بأنه إذا كان العقد معين المدة، ورأى الموكل عدم تجديده عند انتهاء أجله وجب عليه أن يؤدى إلى الوكيل تعويضاً يقدره القاضى ولو وجد اتفاق يخالف ذلك. واشترط النص لاستحقاق الوكيل لهذا التعويض ألا يكون قد أخل بالتزاماته أثناء تنفيذ العقد، وأن يكون نشاطه قد أدى إلى نجاح ظاهر فى ترويج المنتجات محل العقد. وترجع الحكمة من رصد هذا الحكم إلى رغبة المشرع فى إضفاء أكبر قدر من الحماية على مصالح وكيل العقود باعتباره الطرف الضعيف فى العقد[1].

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا مؤخراً بعدم دستورية هذا النص، وهو ما سنبينه تفصيلاً عند بحث النظام القانونى للتعويض بمقتضى المادة ١٨٩ من قانون التجارة.

٥٤- شروط تقرير التعويض عن العملاء:

وضع المشرع فى قانون التجارة الجديد العديد من الضوابط والشروط اللازمة لاستحقاق التعويض عن العملاء تتمثل فى الآتى:

١- أن يرفض الموكل تجديد العقد. وقد أفصحت عن ذلك صراحة المادة ١٨٩ / ١ بقولها "إذا كان العقد محدد المدة، ورأى الموكل عدم تجديده عند انتهاء أجله، يكون للوكيل الحق فى تعويض يقدره القاضى، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك".

وكان البعض يطالب بتطبيق نظام التعويض عن العملاء على حالات التعويض عن إنهاء وكالة العقود غير محددة المدة أو محددة المدة فى أثناء سريانها، قياساً على التعويض المقرر عن العملاء فى حالة رفض تجديد العقد محدد المدة[2].

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة المصرى، مجلة المحاماة، ملحق تشريعات، يونيه ١٩٩٩.

(٢) د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ١٧٤، ١٧٥.

ونعتقد بأن التعويض عن العملاء يتسم بالطابع الاستثنائى، ومن ثم لا يجوز التوسع فى تفسيره أو القياس عليه[1].

أما فى فرنسا، فإنه على الرغم من أن القضاء الفرنسى قد مد فكرة التعويض عن العملاء المعروفة فى مجال الممثلين التجاريين إلى حالات انقضاء الوكالة التجارية، فإن القانون رقم ٢٥ يونيه ١٩٩١ لم يتحدث صراحة عن حق الوكلاء فى هذا التعويض[2]. وتقرر محكمة النقض الفرنسية فى أحدث أحكامها أن التوجيه الأوربى الخاص بوكلاء العقود قد أعطى للدول الخيار بين أحد نظامين: الأول التعويض عن العملاء والثانى التعويض عن الأضرار. وقد أختارت فرنسا النظام الأخير، ولذلك نقضت محكمة النقض حكم محكمة استئناف بوردو الذى حكم للوكيل بالتعويض عن العملاء إلى جانب التعويض عن الأضرار[3].

٢- ألا يكون قد وقع خطأ أو تقصير من الوكيل فى أثناء تنفيذ العقد. ولم يشترط المشرع المصرى أن يكون خطأ الوكيل جسيماً، بل اكتفى بمجرد التقصير من الوكيل لحرمانه من التعويض عن العملاء. ويقع عبء إثبات خطأ الوكيل أو تقصيره على عاتق الموكل.

---

(١) وجاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الجديد ما نصه "أما نص المادة ١٨٩ فقد استحدثه واضعو المشروع، ويقضى هذا النص بأنه إذا كان العقد معين المدة، ورأى الموكل عدم تجديده عند انتهاء أجله، وجب عليه أن يؤدى إلى الوكيل تعويضاً يقدره القاضى، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، واشترط النص لاستحقاق الوكيل لهذا التعويض ألا يكون قد أخل بالتزاماته أثناء تنفيذ العقد، وأن يكون نشاطه قد أدى إلى نجاح ظاهر فى ترويج المنتجات محل العقد. ويشكل هذا الحكم استثناء من الأحكام العامة فى الوكالة التجارية، كما نظمها المشروع (المادة ١٦٣)".
انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة المصرى، مجلة المحاماة، ملحق تشريعات، يونيه ١٩٩٩، ص ٤٣٩.

(٢) د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ١٥٩ وما بعدها.

(٣) Cass. Com. 25 juin 2002, Bull. Civ. IV, n° 109, R. T. D. com. 2003, janv.- Mars 2003, p. 158.

ويعد هذا الشرط منطقياً حتى لا يكافأ الوكيل المخطئ بتعويض دون وجه حق.

٣- أن يكون نشاط الوكيل قد أدى إلى نجاح ظاهر فى ترويج السلعة أو زيادة عدد العملاء. ويكتفى المشرع بأحد الأمرين، حتى يستحق الوكيل تعويضاً عن العملاء.

ويذهب القضاء الفرنسى – فى مجال تعويض الممثلين التجاريين عن العملاء – إلى أنه يقصد بالعميل كل شخص يشترى السلعة أو الخدمة من الممثل التجارى باستمرار أو على فترات ليست متباعدة، ولذلك لا يحكم بالتعويض، إذا كانت البضاعة التى اشتراها العميل لا تنبئ عن القابلية للشراء أو تجديد المشتروات تجديداً متكرراً [١].

٥٥- تقدير التعويض عن العملاء:

يمثل التعويض عن العملاء جبراً للضرر الذى أصاب الوكيل من جراء حرمانه من الاستفادة من عنصر العملاء الذين اشترك فى تكوينهم مع الموكل طوال مدة تنفيذ العقد، واستأثر بهم الموكل بعد انتهاء العقد برفض تجديده، لذا حددت المادة ١٨٩ / ٣ من قانون التجارة الجديد عناصر التعويض عن العملاء فى أمرين: **الأول**: مقدار ما لحق الوكيل من ضرر، نتيجة حرمانه من الاستفادة بالعملاء. ومن أمثلة هذا الضرر فقدان الوكيل العمولات التى كان سيحصل عليها من الموكل عن مشتريات هؤلاء العملاء. **الثانى**: مقدار ما أفاده الموكل من مجهود الوكيل فى ترويج السلعة وزيادة عدد العملاء.

---

(١) cass. Soc. 13 janv. 1965: Bull. Civ. IV, n° 35; cass. Soc. 25 Mars 1963, Bull. Civ. IV, n° 297; cass. Soc. 22 oct. 1981: Bull. Civ., n° 824.

وانظر تفصيلاً فى صفة العميل الذى يعوض عنه:
Bouteloup (M.), V. R. P., Rupture de contrat, juris – classeurs – commercial, contrats – distribtuin, 1991, Fasc. 1220, n° 152 et s.

ويعد باطلاً – وفقاً لقضاء النقض الفرنسى – كل شرط يرد فى عقد وكالة العقود يحدد طريقة خاصة لتقدير التعويض المستحق له، إذ إن تقدير التعويض يجب أن يقع بعد انقضاء العقد، وليس قبله[1]. ويجوز تضمين عقد وكالة العقود شرط التعويض الجزافى شريطة أن يحصل وكيل العقود على مقدار من التعويض يفوق المقدار الذى سيحصل عليه من تطبيق أحكام القانون[2].

ولا يلتزم قاضى الموضوع باتباع طريقة معينة فى احتساب قيمة التعويض. ويعد هذا التقدير من مسائل الواقع التى لا تراقبها محكمة النقض، غير أنه يلتزم ببيان العناصر المكونة لمبلغ التعويض، ويخضع – بصدد تلك المسألة – لرقابة محكمة النقض[3].

وتستند المحاكم الفرنسية فى تحديد قيمة التعويض عن العملاء إلى العادات المهنية التى استقرت فى أوساط وكلاء العقود، وتقضى بأنه فى حالة التنازل عن كارت الوكالة يستحق الوكيل تعويضاً يقدر قيمته على أساس عمولة سنتين محسوبة على أساس متوسط العمولة التى كان يحصل عليها فى السنوات الثلاث السابقة على تحقق الانقضاء تعويضاً للوكيل؛ ولذلك تقضى بالمبلغ نفسه الذى يستحقه الوكيل عند التنازل تعويضاً عن انقضاء الوكالة[4].

---

(١) cass. Com. 14 Oct. 1974, J. C. P. 74, éd. G. IV, 387; D. S. 1974, somm. 141; R. T. D. com. 1975, 591, obs. Hémard (j.); Bull. Civ, n° 244; Gaz. Pal. 1974, 2, somm. 285.

(٢) Paris 13 Mai 1980, juris – data n° 94.
مشار إليه فى:
Hanine (J.-J.), Agents commerciaux, op. cit., n° 94.

(٣) د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ١٩٠.

(٤) CA Paris 15 juin et 25 nov. 1981: juris Data n° 022693 et 027582' CA Rouen 4 nov. 1982: juris – data n° 042942; CA Paris 25 sep. 1984: Gaz. Pal. 1985, I, somm. P. 98,
وانظر تفصيلا فى تقدير قيمة التعويض:
Mousseron (j – M.), A propos de l'indeminté du aux agents commerciaux, J. C. P. Ed. E. cah. Dr. entr. 5l 1991, p. 27 s; Hanine (J.-J.), Agents commerciaux, op. cit., n° 75.

٥٦ـ سقوط دعوى التعويض عن العملاء:

حدد المشرع فى المادة ١٩٠/ ١ من قانون التجارة الجديد مدة سقوط دعوى التعويض عن العملاء بتسعين يوماً من وقت انتهاء العقد.

ويقتصر نطاق تطبيق المادة السابقة على دعوى التعويض التى يرفعها الوكيل عن فقد عنصر العملاء فى حالة انقضاء العقد محدد المدة برفض الموكل تجديده. أما الدعاوى الأخرى بطلب التعويض عن الأضرار التى تلحق الموكل أو الوكيل من انقضاء وكالة العقود، فتخضع للمادة ١٩٠/ ٢ التى تقضى بأنه "تسقط جميع الدعاوى الأخرى الناشئة عن عقد وكالة العقود بانقضاء سنتين على انتهاء العلاقة العقدية".

وتعد مدة التسعين يوماً مدة قصيرة إلى حد كبير، ويبدو أن المشرع قصد من ورائها إنهاء مشاكل التعويض المستحقة عن الانقضاء فى مدة قصيرة[1].

أما فى القانون الفرنسى، فإن المادة ١٢ من القانون الصادر فى ٢٥ يونيه ١٩٩١ تقضى بأنه فى حالة توقف العلاقة العقدية مع الموكل، يستحق الوكيل تعويضاً عن الخسائر التى لحقت به من جراء الإنهاء. ويفقد الوكيل الحق فى التعويض، إذا لم يخطر الموكل – فى خلال سنة من تاريخ انتهاء العقد – بتمسكه بحقوقه[2].

---

(١) وتقضى المادة ١٢ من القانون الفرنسى الصادر فى ٢٥ يونيه ١٩٩١ بأن:
"En cas de cassation de ses relations avec le mandant, L'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi.

L'agent commercial perd le droit à réparation s'il n'a pas notifié au mandant, dans un délai d'un an à compter de la cessation du contrat, qu'il en tend faire valoir ses droits.

Les ayants droit de L'agent commercial bénéficient également du droit à réparation lorque La cessation du contrat est du au décès de L'agent".

(٢) د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى، المرجع السابق، ص ١٩٣.

٥٧ـ الاختصاص بنظر دعاوى التعويض:

تعطى المادة ٥٥ من تقنين المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ للمدعى فى الدعاوى التجارية الخيار بين ثلاث محاكم: **الأولى**: محكمة موطن المدعى عليه. **الثانية**: محكمة محل الاتفاق والتنفيذ الفعلى، ويقصد بها المحكمة التى تم الاتفاق ونفذ تنفيذاً كلياً أو جزئياً فى دائرتها. **الثالثة**: المحكمة التى يجب تنفيذ الاتفاق فى دائرتها.

واستثناء من قواعد الاختصاص المنصوص عليها فى المادة ٥٥ من قانون المرافعات، ينعقد الاختصاص بنظر جميع المنازعات الناشئة عن عقد وكالة العقود، وفقاً للمادة ١٩١ من قانون التجارة، للمحكمة التى يقع فى دائرتها محل تنفيذ العقد. والعلة من هذا الاستثناء التيسير على وكلاء العقود فى المطالبة بحقوقهم وعدم تحميلهم مشقة اللجوء للقضاء خارج البلاد، حيث يقع فى الغالب موطن المنشآت التى يمثلونها[1].

ويتقيد تحديد المحكمة التى يقع فى دائرتها محل تنفيذ العقد بما ورد فى المادة ٦/٦ من القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ بشأن إنشاء المحاكم الاقتصادية والتى تقضى بأنه "فيما عدا المنازعات والدعاوى التى يختص بها مجلس الدولة، تختص الدوائر الابتدائية بالمحاكم الاقتصادية، دون غيرها، بنظر المنازعات والدعاوى، التى لا تجاوز قيمتها خمسة ملايين جنيه، والتى تنشأ عن تطبيق القوانين ..... ٦- قانون التجارة فى شأن نقل التكنولوجيا والوكالة التجارية، وعمليات البنوك والإفلاس والصلح الواقى منه. ٨- .... ٩- ....، وتختص الدوائر الاستئنافية فى المحاكم الاقتصادية — دون غيرها — بالنظر ابتداء فى كافة المنازعات والدعاوى المنصوص عليها فى الفقرة السابقة إذا جاوزت قيمتها خمسة ملايين جنيه أو كانت غير مقدرة القيمة". وتطبيقاً لذلك ينعقد الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن عقد وكالة العقود للدوائر الابتدائية

---

(١) د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره. المرجع السابق، ص ٢٤٩. وأنظر المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الجديد.

بالمحاكم الاقتصادية التى يقع فى دائرتها محل تنفيذ العقد التى لاتجاوز قيمتها خمسة ملايين، وتختص الدوائر الاستئنافية فيما زاد عن ذلك أو إذا كانت المنازعات غير مقدرة القيمة.

٥٧ ـ الأساس القانونى للتعويض بين الفقه والمحكمة الدستورية العليا:

يرى البعض أن مسئولية الموكل عن تعويض الوكيل عن فقد عنصر العملاء المقررة بمقتضى المادة ١٨٩ تعد مسئولية موضوعية تقوم على ركن الضرر فقط دون اشتراط صدور أى خطأ من الموكل. فاستئثار الأخير بعنصر العملاء الذى اشترك الوكيل فى تكوينه يعد غنماً حصل عليه من جراء عمل الوكيل، ومن ثم يقع عليه عبء تحمل الغرم الناشئ عن ذلك والمتمثل فيما أصاب الوكيل من أضرار نتيجة حرمانه من الاستمرار فى الاستفادة من عنصر العملاء[1].

وتذهب المحكمة الدستورية العليا فى حكم حديث لها إلى أن مسئولية الموكل المقررة بمقتضى المادة ١٨٩ تستند على خطأ مفترض، يقوم فى حقه ومعه قصد الإضرار بالوكيل فى حالة عدم تجديد الموكل عقد الوكالة بعد انتهاء أجله، مع عدم ارتكاب الوكيل خطأ أو تقصير أثناء تنفيذ الوكالة، وتحقيقه نجاحاً ظاهراً فى الترويج للسلعة أو زيادة عدة العملاء، بحيث يكون إثبات ذلك قرينة على ثبوت الخطأ فى حق الموكل. وهذه القرينة وإن كانت غير قاطعة إلا أنها تتخذ من الالتزامات العقدية للوكيل وتنفيذه لها طبقاً لشروط العقد وأحكام القانون دليلاً على ثبوت الخطأ فى حق الموكل[2].

ويبين من مراجعة مضبطة مجلس الشعب الجلسة الثالثة والثلاثين المعقودة فى ١٩٩١/١/٣١ أن المسئولية المقررة بمقتضى المادة ١٨٩ تقوم على إساءة استعمال الموكل لحقه فى تجديد العقد. بيد أنه مراعاة للطرف الضعيف فى العلاقة

---

(١) د. رضا السيد، المرجع السابق، ص ١٧١.

(٢) المحكمة الدستورية العليا فى ١٤ يونيه ٢٠١٢ فى القضية المقيدة تحت رقم ١٩٣ لسنة ٢٩ ق.

العقدية وهو الوكيل، فقد أقام المشرع التجارى نظاماً استثنائياً لقواعد المسئولية يعد خروجاً على الأصل العام المقرر فى المادة الخامسة من القانون المدنى. ويقتضى هذا النظام فإن استعمال الحق فى عدم تجديد العقد يكون تعسفياً إذا كان نشاط الوكيل قد أدى إلى نجاح ظاهر فى ترويج السلعة أو زيادة عدد العملاء، وكان ذلك مقروناً بعدم وقوع خطأ أو تقصير من الوكيل أثناء تنفيذ العقد، وهو إثبات يسير وأخف وطأة من الحالات الثلاث الواردة فى المادة الخامسة من القانون المدنى.

المبحث الثانى

الانقضاء والتعويض عن الأضرار

٥٨ـ شروط عديدة:

وهو تعويض يهدف إلى جبر الأضرار التى لحقت بالوكيل فعلاً من جراء انقضاء العقد، ولا يتسم بالطابع الاستثنائى، مثلما هو الحال فى التعويض عن العملاء. ويقتضى الحكم بالتعويض عن الأضرار شروطاً عديدة نبينها فيما يلى[١]:

١- يلتزم الموكل بتعويض الوكيل عن الأضرار التى تلحق به، فى حالة قيامه بإنهاء العقد غير محدد المدة بإرادته المنفردة دون إخطار سابق أو فى وقت غير مناسب[٢]، كما تنعقد مسئولية الموكل عن إنهاء العقد محدد المدة، إذا لم يتوفر للإنهاء سبب جدى[٣]. وتعد المسئولية فى الحالتين مسئولية عقدية قائمة على فكرة الخطأ واجب الإثبات[٤]. وتسرى على كل أشكال الوكالة التجارية، عدا إنهاء العقد غير محدد المدة فى حالة وكالة العقود.

---

(١) ويستحق الموكل أيضاً تعويضاً عن الأضرار التى تلحق به من إعتزال الوكيل الوكالة أو تنحيه عنها، إعمالاً للمواد ١٦٣ و١٨٨ من قانون التجارة والقواعد العامة فى انقضاء الوكالة العادية.

(٢) المادة ١٦٣ من قانون التجارة الجديد.

(٣) المادة ١٦٣ من قانون التجارة الجديد.

(٤) د. رضا السيد، المرجع السابق، ص ٢٠١.

٢- وفى حالة وكالة العقود غير محددة المدة، فإن المادة ١٨٨/ ١ من قانون التجارة الجديد تحظر على الموكل إنهاء العقد دون خطأ من الوكيل، وإلا كان ملزماً بتعويضه عن الضرر الذى لحقه من جراء عزله. ويبطل كل اتفاق يخالف ذلك. وتقوم مسئولية الموكل فى هذه الحالة – لدى الفقه[1] – على أساس فكرة الخطر لا الخطأ، إذ يكفى لاستحقاق الوكيل التعويض مجرد إثبات حدوث ضرر للموكل من إنهاء العقد، وهو ما يطلق عليه المسئولية الموضوعية.

وتوسع القانون الفرنسى الصادر فى ٢٥ يونيه ١٩٩١ فى إسباغ الحماية لوكلاء العقود، فوفقاً للمادة ١٢/ ١ من هذا القانون يستحق وكيل العقود تعويضاً من وقت انتهاء العقد، يستوى فى ذلك العقد محدد المدة وغير محددة المدة. ويجد أساسه فى أن إنهاء العقد عامة يؤدى إلى إلحاق ضرر بوكيل العقود، ومن ثم يستحق هذا الأخير تعويضاً فى كل حالات إنهاء العقد، باستثناء القوة القاهرة[2].

ويمكن للموكل فى القانون المصرى أن يتخلص من المسئولية، إذا أثبت خطأ الوكيل المضرور. ولم يحدد المشرع فى المادة ١٨٨ تجارى درجة الخطأ المتطلبة لدفع مسئولية الموكل. ويرى البعض أن المقابلة بين نص المادة ١٨٨ تجارى المتعلقة بالتعويض عن الأضرار فى حالة إنهاء العقد، والمادة ١٨٩ المتعلقة بالتعويض عن العملاء تظهر أن الضرر المشترط فى حالة التعويض عن الأضرار هو الضرر الجسيم. فما دام المشرع قد اشترط فى حالة التعويض عن العملاء ألا يقع خطأ من الوكيل، ولو كان يسيراً، أو مجرد تقصير فإن سكوته عن بيان درجة الخطأ فى حالة التعويض عن الأضرار يعنى انصراف قصده إلى أن يكون خطأ الوكيل جسيماً[3].

---

(١) د. رضا السيد، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

(٢) د. نبيل صبيح، دور وكلاء العقود فى التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ١٠٠.

(٣) د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ٢٠٥ – ٢٠٦.

وقد استقر القضاء الفرنسى منذ وقت طويل على أن خطأ وكيل العقود يعد سبباً مشروعاً لعزله دون تعويض إذا كان هذا الخطأ على قدر من الجسامة. وتتحدد درجة جسامة هذا الخطأ بالنظر إلى الأهمية التى يوليها الأطراف للالتزامات التى يكون الوكيل قد أهمل فى تنفيذها[1].

ومن تطبيقات الخطأ الجسيم الذى يبرر عزل وكيل العقود دون تعويض أن يخفى عن موكله عسر العميل[2]، أو أن يخالف تعليمات موكله بشأن أجال الدفع والتسهيلات المتعلقة بذلك التى يتعين منحها للعميل[3]، أو أن يهمل فى البحث عن عملاءٍ جدد، فيؤدى ذلك إلى انخفاض نسبة المبيعات[4]. وقد قنن المشرع الفرنسى هذا الاتجاه القضائى، حيث تقضى المادة ١٣ من القانون الصادر فى ٢٥ يونيه ١٩٩١ بأن التعويض المقرر للوكيل فى حالة توقف العلاقة التعاقدية بينه وبين الموكل لا يقضى به، إذا كان هذا التوقف راجعاً إلى خطأ جسيم صادر من الوكيل.

وقضى بأن النصوص المتعلقة بالتعويض تتعلق بالنظام العام وأنه لا يجوز لطرفى العقد أن يحدد مسبقاً فكرة الخطأ الجسيم[5].

وفى فرنسا، يحرم وكيل العقود من التعويض عن توقف علاقاته العقدية مع الموكل فى الأحوال الثلاث الآتية: **أولاً**: إذا كان توقف العلاقة العقدية راجعاً إلى خطأ الوكيل الجسيم. **ثانياً**: إذا كان توقف العلاقة العقدية راجعاً إلى مبادرة من الوكيل، ما لم تكن تلك المبادرة راجعة إلى ظروف تتعلق بالموكل أو بسن

---

(١) CA Paris 30 nov. 1965: J. C. P. 1965, éd. G. IV, 73; R. T. D. com. 1965, p. 925, n° 11.

(٢) Cass. Com. 4 juin 1971.

مشار إليه فى:

Bouteloup (M.), op. cit., n° 46.

(٣) Hemard (M.), op. cit., n° 46.

(٤) Cass. Com. 29 Nov. 1971, Bull. Civ. IV, n° 287.

(٥) Cass. Com. 28 Mai 2002, Bull. Civ. IV, n° 91, R. T. D. com, 2003, janv – Mars, p. 158.

الوكيل أو عجزه أو مرضه، بحيث يصعب عليه الاستمرار فى مباشرة نشاطه على الوجه المطلوب. **ثالثاً**: إذا تنازل الوكيل عن التزاماته وحقوقه فى عقد الوكالة إلى الغير، ووافق الموكل على هذا التنازل[1].

٣- ويرى البعض[2] أنه يجوز الجمع بين التعويض عن العملاء الذى يتمثل فى قيمة الكارت المهنى الذى يستطيع الوكيل أن يتنازل عنه للغير، والتعويض عن الأضرار الذى يتمثل فى عناصر أخرى متعددة، من بينها قيمة ما أنفقه الوكيل من مصروفات للدعاية والإعلان وإنشاء التجهيزات والمبانى اللازمة لمباشرة نشاط الوكالة لحساب الموكل. ويستند هذا الرأى إلى اختلاف الطبيعة القانونية لنوعى التعويض، واختلاف سبب الضرر الذى يتم التعويض عنه فى كل منهما.

---

(١) المادة ١٣ من القانون الفرنسى الصادر فى ٢٥ يونيه ١٩٩١.

(٢) د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ٢١.

الفصل الثالث
الانقضاء والتزام الوكيل التجارى
بعدم المنافسة

٥٩ـ أولاً ـ الالتزام بعدم المنافسة أثناء تنفيذ عقد الوكالة:

تختلف أحكام الالتزام بعدم المنافسة أثناء تنفيذ عقد الوكالة وفقاً لاختلاف مصدر الالتزام، على النحو التالى:

أـ القانون والالتزام بعدم المنافسة:

الأصل هو حرية الشخص فى العمل وفى التجارة وفى التعاقد. ولا يوجد أى نص قانونى يمنع الوكيل من النيابة عن موكل واحد أو عن موكلين متعددين، بيد أن الالتزام بعدم المنافسة يقوم بقوة القانون أثناء تنفيذ العقود التى يهدف طرفاها إلى التعاون فيما بينهما لتكوين عملاء وتنميتهم من أجل مصلحتهما المشتركة[١].

ويرجع السبب فى وجود الالتزام بعدم المنافسة بقوة القانون فى عقود التعاون المشترك ومن بينها وكالة العقود إلى أن الوكيل والموكل يعملان من أجل ترويج سلعة أو خدمة معينة للموكل فى نطاق جغرافى متفق عليه. ويحدث هذا الترويج من خلال العملاء الذين كونوا بالمجهود المشترك للطرفين. فإذا عمل الوكيل أثناء تنفيذ العقد لدى موكل آخر لترويج وبيع سلع أو خدمات مماثلة أو مشابهة لسلع وخدمات الموكل، أو أنشأ تجارة مماثلة أو مشابهة لتجارة الموكل، فإنه بذلك يؤدى إلى تشتيت العملاء بين أكثر من مشروع تجارى وهو ما يؤدى إلى إصابة الموكل الأول بأضرار جسيمة[٢]. ويعد ذلك مخالفة لمبدأ تنفيذ العقود بحسن نية.

---

(١) Picod (Y.) L'obligation de non – concurrence de plein droit et les contrats n'emportatnt pas transfert le clientèle, J. C. P. éd. E, 1994, 349.

د. رضا السيد، المرجع السابق، ص ٢١٦.

(٢) د. رضا السيد، المرجع السابق، الموضع نفسه.

وينشأ الالتزام بعدم المنافسة فى العقود السابقة بقوة القانون ولو خلت من شرط القصر. فإذا قام الوكيل بتوزيع منتجات منافسة للمنتجات التى يوزعها لحساب موكله، تنعقد مسئوليته عن الإخلال بالالتزام بعدم المنافسة، ولو لم يكن هو الوكيل الحصرى لتوزيع هذه المنتجات[1].

وتحظر المادة ١٧٩ من قانون التجارة الجديد على وكيل العقود أن يكون وكيلاً لأكثر من منشأة تمارس النشاط نفسه وفى المنطقة عينها، وذلك ما لم يتفق الطرفان صراحةً على غير ذلك. وعلى الرغم من أن النص لم يحظر على الوكيل أنَ ينشأ تجارة مشابهة أو مماثلة لتجارة الموكل، إلا أن مبدأ حسن النية يفرض مد نطاق الالتزام بعدم المنافسة ليشمل هذه الحالة، فإنشاء الوكيل تجارة منافسة يعد إضراراً بموكله بحرمانه من العملاء الذين يقبلون على التجارة الجديدة، بما يؤدى إلى توفر سوء النية فى حقه.

ب ـ الاتفاق والالتزام بعدم المنافسة:

ويتشدد الفقه والقضاء فى قبول الشروط الاتفاقية لعدم المنافسة، وهى الشروط التى يكون موضوعها حرمان الوكيل من تأسيس مشروع منافس لمشروع الموكل أو العمل فى منشأة أخرى منافسة فى العقود التى لا ينشأ فيها الالتزام بعدم المنافسة بقوة القانون. فتقضى محكمة النقض الفرنسية بأنه "يمكن تقييد حرية العمل وحرية التجارة باتفاق الطرفين، بشرط ألا يكون المنع من ممارسة العمل أو التجارة منعاً مطلقاً وعاماً"[2].

---

(١) Picod (Y.), note sous cas. Com. 16. Mars 1993, D. 1994, Somm. 224.

د. رضا السيد، المرجع السابق، ص ٢٢٤ وص ٢٢٥.

(٢) Cass. Civ. 29 Mars 1928, D. P. 1930. I. 145.

وفى الاتجاه نفسه:

Cass. Com. 20 Mai 1984, Bull. Civ. n° 172, P. 143; Cass. Com. 15 Juill. 1987, Bull. Civ. IV. n° 184.

ويذهب الفقه والقضاء إلى أن الحظر المفروض على الوكيل بعدم المنافسة يجب أن يكون محدداً من حيث الزمان أو المكان. ويجب أن يكون موضوع الحظر هو العمل لدى موكل آخر ببيع السلعة نفسها محل عقد الوكالة أو سلعة مماثلة لها أو إنشاء تجارة مماثلة أو مشابهة لتجارة الموكل. وتهدف هذه القيود الواردة على شرط عدم المنافسة إلى تحقيق التوازن بين مصلحة الوكيل في ألا يمس الشرط حريته الشخصية في العمل والتجارة وهي حرية تحميها النصوص الدستورية من ناحية، ومصلحة الموكل في حماية مشروعه التجاري من ناحية أخرى[1].

٦٠ ـ ثانياً: الالتزام بعدم المنافسة بعد انقضاء عقد الوكالة:

بانقضاء عقد الوكالة يسترد الوكيل حريته في العمل والتجارة. وهنا يثار التساؤل عن مدى جواز تقييد حرية الوكيل بعدم المنافسة بعد العقد، وهل يكون مصدر الالتزام: القانون أو العقد؟ وفي الحالة الأخيرة: ما مدى صحة شروط عدم المنافسة؟.

يجيز القانون الفرنسي الصادر في ٢٥ يونيه ١٩٩١ بشأن العلاقة بين الوكلاء والموكلين شروط عدم المنافسة بعد انقضاء العقد، ما دامت مكتوبة ومتعلقة بنطاق جغرافي أو بمجموعة من الأشخاص وبنوع من السلع والخدمات. ولا تكون تلك الشروط صحيحة إلا لمدة سنتين حداً أقصى بعد انقضاء العقد[2].

---

(١) انظر في عرض اتجاهات الفقه والقضاء الفرنسيين بشأن شرط عدم المنافسة. د. رضا السيد، المرجع السابق، ص ٢١٩ وما بعدها.

(٢) المادة ١٤ من القانون الفرنسي الصادر في ٢٥ يونيه ١٩٩١ التي تنص على أن:

"Le Contrat peut contenir une clause de non concurrence après La cessation du contrat. Cette Clause doit être établie par écrit et concerner le secteur géographique et, le cas échéant, le groupe de personnes confiées à L'agent commercial ainsi que le type de biens ou de services pour lesquels il exerce la représentation aux termes du contrat. La clause de non-concurrence n'est valable que pour une période maximale de deux ans après la cessation d'un contrat".

أما فى مصر، فلم يتحدث قانون التجارة إلا عن شرط عدم المنافسة أثناء سريان العقد وسكت عن تنظيم التزام الوكيل بعدم منافسة الموكل بعد انتهاء العقد.

ويذهب البعض فى الفقه المصرى[1] إلى جواز الاتفاق بين وكلاء العقود وموكليهم على التزام الوكيل التجارى بعدم المنافسة بعد انقضاء العقد على أن يحدد لهذا الشرط مدة معينة، وأن يكون مقصوراً على المنطقة التى كانت مخصصة لممارسة الوكيل نشاطه، وذلك قياساً على أحكام الفقرة الأولى من المادة ٦٨٦ من القانون المدنى المصرى التى تنص على أن "العمل الموكول إلى العامل إذا كان يسمح له بمعرفة عملاء رب العمل أو بالإطلاع على سر أعماله، كان للطرفين أن يتفقا على ألا يجوز للعامل بعد انتهاء العقد أن ينافس رب العمل، ولا أن يشترك فى أى مشروع يقوم بمنافسته".

يرى البعض الآخر أن المنافسة فى ذاتها مشروعة ولا يجوز المساس بها إلا فى حالتين: **الأولى**: أن تتوفر فى شأنها إحدى الحالات التى تجعلها غير مشروعة، **والثانية**: أن يتضمن العقد شرطاً يلقى على المدين التزاماً بعدم المنافسة، بيد أن هذا الالتزام يقوم بقوة القانون وبدون حاجة إلى إطار تعاقدى يتضمن هذا الشرط، كما فى حالة وكالة العقود. فالالتزام بعدم المنافسة يعد من مستلزمات عقد وكالة العقود، فإبرامه للمصلحة المشتركة وقابلية العملاء الذين كونوا بالتعاون بين الوكيل والموكل للانتقال يعطيان لهذا الالتزام أهمية فى الحفاظ على التوازن الاقتصادى للعقد، ويجعلانه من مقتضيات العقد الذى لا يشترط النص عليه فى بنوده[2].

وتكون مدة المنافسة سنتين بعد انتهاء مدة العقد، قياساً على مقدار التعويض عن فقد عنصر العملاء والذى استقر القضاء على تقديره عن مدة سنتين محسوبة على أساس متوسط العملاء عن آخر ثلاث سنوات من العقد[3].

---

(١) د. سعيد يحيى، الوكلاء التجاريون، المرجع السابق، ص ٦٥ وما بعدها.
(٢) د. رضا السيد، المرجع السابق، ص ٢٣٦ و٢٣٧.
(٣) د. رضا السيد، المرجع السابق، ص ٢٣٨؛ وراجع الموضوع الخاص بتقدير التعويض عن العملاء من هذا البحث.

٦١ـ ثالثاً ـ التزام الوكيل بالامتناع عن أعمال المنافسة غير المشروعة أثناء التنفيذ وبعد الانقضاء:

تعد المنافسة فى ذاتها مشروعة، ولا يكون حظرها إلا استثنائياً وبصورة محددة على النحو الذى سبق بيانه، على أساس أنها تمثل قيداً على حرية العمل والتجارة[١].

أما المنافسة غير المشروعة فهى محظورة على الجميع. فتقضى المادة ٦٦ من قانون التجارة الجديد بأنه "١- يعتبر منافسة غير مشروعة كل فعل يخالف العادات والأصول المرعية فى المعاملات التجارية، ويدخل فى ذلك على وجه الخصوص الاعتداء على علامات الغير أو على اسمه التجارى أو على براءات الاختراع أو على أسراره الصناعية التى يملك حق استثمارها، وتحريض العاملين فى متجره على إذاعة أسراره أو ترك العمل عنده، وكذلك كل فعل أو إدعاء يكون من شأنه إحداث اللبس فى المتجر أو فى منتجاته أو إضعاف الثقة فى مالكه أو فى القائمين على إدارته أو فى منتجاته. ٢- كل منافسة غير مشروعة تلزم فاعلها بتعويض الضرر الناجم عنها. وللمحكمة أن تقضى – فضلاً عن التعويض – بإزالة الضرر وبنشر ملخص الحكم على نفقة المحكوم فى إحدى الصحف اليومية".

فإتيان أى من الأعمال المنصوص عليها فى المادة ٦٦ يعد أمراً محظوراً، بصرف النظر عن وجود علاقة تعاقدية بين مرتكب العمل غير المشروع والمضرور منه، ويكون قائماً بعد انقضاء عقد الوكالة التجارية، وليس له حدود سواء من حيث المكان والزمان. ويلتزم الوكيل بتعويض الموكل عن الأضرار التى تصيبه من جراء أعمال المنافسة غير المشروعة[٢].

---

(١) انظر التفرقة بين المنافسة المشروعة والمنافسة غير المشروعة:

Legeais (D.) Clause de non – concurrence, Juris – classeurs commercial, 351, 1990, n° 9; Hanine (J.-J.), op. cit., 1250, n° 99.

د. رضا السيد، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

(٢) د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ٢٣٥، ص ٢٣٦.

خاتمة

٦٢ـ مظاهر التجديد المتصلة بانقضاء الوكالة التجارية فى قانون التجارة الجديد:

ينقضى عقد الوكالة التجارية كغيره من العقود بتوفر سبب من الأسباب العامة لانقضاء العقود المنصوص عليها فى القانون المدنى، فتنتهى الوكالة التجارية انتهاءً مألوفاً عن طريق تنفيذها، وذلك بإتمام العمل المتفق عليه فى عقد الوكالة وبانقضاء الأجل المضروب فى عقد الوكالة. وتنقضى الوكالة التجارية انقضاءً مبتسراً قبل التنفيذ فى حالات عديدة، من بينها استحالة التنفيذ والإفلاس ونقص الأهلية والفسخ، كما تنتهى الوكالة التجارية لأسباب خاصة بها، كانهيار الاعتبار الشخصى الملحوظ عند التعاقد أو استخدام أحد طرفى العقد حقه فى الإنهاء.

وتضمن قانون التجارة المصرى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بعض الأحكام الجديدة المتعلقة بانقضاء الوكالة التجارية. وتتمثل فى الآتى:

أولاً — أن عقود الوكالة الصادرة من التاجر فى شئون تتعلق بنشاطه التجارى لا تنقضى بوفاته، وذلك إعمالاً للمادة ٥١ من قانون التجارة الجديد التى تنص على أن "الطلبات والتفويضات الصادرة من التاجر فى شئون تتعلق بنشاطه التجارى لا تنقضى بوفاته، ومع ذلك يجوز لورثته إلغاؤها، إذا قرروا عدم الاستمرار فى التجارة، وفى هذه الحالة لا يستحق عليهم أى تعويض، إذا أخطروا المتعاقد مع المورث برغبتهم فى الإلغاء فى ميعاد مناسب".

ثانياً — أن المشرع تناول مسألة إنهاء عقود الوكالة التجارية بأحكام خاصة وردت فى المادة ١٦٣ تجارى استقلالاً عن القواعد العامة الواردة فى القانون المدنى. فضلاً عن ذلك، فإنه أفرد لإنهاء وكالة العقود المواد من ١٨٨ حتى ١٩٠ من قانون التجارة الجديد.

ثالثاً — أن المشرع فى قانون التجارة الجديد اقتفى أثر التشريعات الحديثة، فأعطى لوكيل العقود الحق فى التعويض عن فقد عنصر العملاء، إذا كان العقد محدد المدة، ورأى الموكل عدم تجديده عند انتهاء أجله، بيد أنه لم يمد

نطاق هذا التعويض إلى حالات إنهاء وكالة العقود غير محددة المدة أو محددة المدة أثناء سريانها، على الرغم من أنها جميعاً تقوم على فكرة المصلحة المشتركة التى عبر عنها المشرع فى المادة ١٨٨ من قانون التجارة الجديد بقوله: "١- تنعقد وكالة العقود لمصلحة الطرفين المشتركة ....." ولذلك طالب البعض بتقرير الحق فى هذا التعويض فى جميع حالات إنهاء وكالة العقود، طالما توفرت شروطه المتمثلة فى انتفاء خطأ الوكيل، وتحقق زيادة فى عدد العملاء بالمقارنة بحجمهم وقت بدء سريان العقد وحدوث نجاح ظاهر فى ترويج السلعة، على أن تكون تلك الزيادة وهذا النجاح راجعين لجهود الوكيل[1].

وقضت المحكمة الدستورية العليا مؤخراً بعدم دستورية المادة ١٨٩ من قانون التجارة بحسبان أن الأحكام التى حوتها هذه المادة تعد قيداً على حرية التعاقد، وإخلالاً بالتوازن بين طرفي العلاقة العقدية، وهو حكم محل نظر كبير فى أساسه القانونى – كما بينا فى صفحات الدراسة – من ناحية، ويؤثر سلباً على مصالح الوكلاء التجاريين والتى حرص المشرع التجارى على حمايتها على أساس أنهم الطرف الضعيف فى العلاقة العقدية من ناحية أخرى[2].

ويؤخذ أيضاً على المشرع التجارى أنه أغفل معالجة الالتزام بعدم المنافسة بعد انقضاء عقد الوكالة التجارية تاركاً ذلك لحكم القواعد العامة التى لا تتفق مع طبيعة الوكالة التجارية وخصائصها[3].

---

(١) د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ٢٥٨.

(٢) دستورية عليا فى ٢٠١٢/٦/١٤، فى القضية المقيدة تحت رقم ١٩٣ لسنة ٢٩ قضائية "دستورية".

(٣) د. رضا السيد، إنهاء وكالة العقود وآثاره، المرجع السابق، ص ٢٦٣.

المراجع

أولاً: باللغة العربية:

١- **الدكتور/ أكثم الخولى**، العقود المدنية، الصلح والهبة والوكالة، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٩٥٧.

٢- **الدكتور/ أكثم الخولى**، الوسيط فى القانون التجارى، الجزء الرابع، العقود التجارية، الطبعة الأولى، مكتبة سيد عبد الله وهبة، ١٩٥٨.

٣- **الدكتور/ حسنى المصرى**، العقود التجارية فى القانون الكويتى والمصرى والمقارن، مكتبة الصفار، الكويت.

٤- **الدكتور/ رضا السيد عبد الحميد**، إنهاء وكالة العقود وآثاره، دار النهضة العربية، ١٩٩٩ – ٢٠٠٠.

٥- **الدكتور/ رمضان إبراهيم شحاته**، العقد غير اللازم فى الفقه الإسلامى، رسالة من الإسكندرية، ٢٠٠٠.

٦- **الدكتور/ سامى الدريعى**، الوكالة غير القابلة للعزل فى القانون الكويتى والقانون الفرنسى، مجلة الحقوق الكويتية، السنة ٢٥، العدد الرابع، ص ١٧٣ وما بعدها.

٧- **الدكتور/ سعيد يحيى**، الوكلاء التجاريون، مجلة القانون والاقتصاد، مارس – يونيه ١٩٧٧، ص ٥٣ وما بعدها.

٨- **الدكتورة/ سميحة القليوبى**، شرح العقود التجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٩٢.

٩- **الدكتورة/ سميحة القليوبى**، شرح قانون التجارة المصرى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠.

١٠- **الدكتورة/ سميحة القليوبى**، الوكالة بالعمولة فى القانون الكويتى، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الثالث والرابع، س ٤٥، ١٩٧٥، ص ١١٧.

١١- **الدكتور/ سمير إسماعيل**، الاعتبار الشخصي في التعاقد، رسالة من جامعة الإسكندرية، ١٩٧٥.
١٢- **الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، المجلد الثاني، انقضاء الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨٤.
١٣- **الدكتور عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، العقود الواردة على العمل والمقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، المجلد الأول، دار النهضة العربية ١٩٨٩.
١٤- **الدكتور/ عبد الرزاق بوبندير**، الأسباب الاختيارية والقانونية لانقضاء الوكالة التجارية في القانون الانجليزي والفرنسي، رسالة من القاهرة، ١٩٨٩.
١٥- **الدكتور/ علي البارودي والدكتور/ محمد فريد العريني**، القانون التجاري، الجزء الثاني، العقود التجارية - عمليات البنوك وفقاً لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٠.
١٦- **الدكتور/ علي جمال الدين عوض**، الإفلاس في قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
١٧- **الدكتور/ علي قاسم**، عقد الالتزام التجاري، مجلة القانون والاقتصاد، ١٩٨٤، العدد الثالث.
١٨- **الدكتور/ فريد مشرقي**، أصول القانون التجاري المصري، الجزء الأول، الطبعة الثانية ١٩٥٤.
١٩- **الدكتور/ نبيل سعد**، التنازل عن العقد، منشأة المعارف، ٢٠٠٠.
٢٠- **الدكتور/ هشام فضلي**، إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير، دراسة قانونية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر.

ثانياً: باللغة الأجنبية:

1- *Alexandre (D.),* Fin du mandat, Juris – classeurs, civie, art 2003 à 2010, 1984.

2- *Antinmattei (P. H.)* – Raynard (J.), Droit Civil, Contrats spéciaux, Litec, deuxième edition.

3- *Aubert,* note sous Cass. Civ. I, 16 Juin 1970, D. S. 1971, J., 261.

4- *Aubry et Rau,* Droit Civil, français, Tome VI, par Esmein (P.) et Ponsard (A.), 7 ème éd. Paris. Librairies techniques, 1975.

5- *Baldi,* Le droit de la distribution commerciale dans l'Europe Communautaire, 1988.

6- *Barbieri (J.-J.),* Contrats Civils – Contrats Commerciaux, Masson, 1995.

7- *Baudry – Lacantinerie (G.) et Whal (A.),* Traité théorique et pratique de droit civil, les contrats aléatories, du mandat, du cautionnement, 3ème éd. Paris.

8- *Benabent (A.),* Contrat de Commission, Juris – Classeurs, Commercial, 1992, Fasc. 470, 1992.

9- *Bouteloup (M.),* Contrat d'agence commercial, juris – classeurs Commercial, Fasc. 331, 1994.

10- *Bouteloup (M.),* V. R. P., Rupture de contrat, juris – classeur – Commercial, contrats – distribution, 1991, Fasc. 1220.

11- *Brunet (A.),* Clientèle commune et contrat d'intérêt commun, Mélanges weill, 1983.

12- *Catala (N.)* et Aaron (J.), Le personnel et les intermédiaries de L'entreprise 1971.

13- *Catoni*, La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958, Librairie sirey, 1970.

14- *Collart Dutilleut (F.) – Delebecque (Ph.)*, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 3ème editions.

15- *Coūsi (P.) et Marion (G.)*, Les intermédiairs du Commerce, 1963.

16- *Crahay (B.)*, Les Contrats internationaux d'agence et de Concession de vente, 1991.

17- *De Theux (A.)*, Le droit de la représentat Commerciale, t. II, Vol. 1, Bruylant 1977.

18- *Devesa (Ph)*, L'operation de Courtage, Litec, 1933.

19- *Derrida (F.)*, obs. Sous Besancon 20 fév. 1985, D. 1986, I. R. 8.

20- *Dutilleul (F. C.)*, Contrats Civils et Commerciaux, Dalloz., 1996.

21- *EL – Hage (N.)*, La nouvelle réglementation du Contrat d'agence commercial, R. T. D. Com. 1995, p. 273.

22- *Ghestin (J.)*, Le mandat d'intérêt commun, Mélanges Derruppé, 1991.

23- *Guillouard (L.)*, Traité des contrats aléatoires et Mandats, 2 ème éd.

24- *Guyénot (J.)*, V. R. P. et agents commerciaux, Paris, 1975.

25- *Hanine (J.-J.)*, Agents commerciaux, juris – classeur, commercial, Fasc. 1230 – 1240 – 1250, 1992, Mise à jour 2001.

26- *Hémard (J.),* Les agents commerciaux, R. T. D. Com, 1959, P. 537 et s.

27- *Hémard (J.),* obs. Sous Reims 18 Mai 1976, R. T. D. Com 1976, 789.

28- *Hémard (J.),* Note sous Cass. Com. 21 oct. 1970, J. C. P., 71, éd. G. II, 16798.

29- *Huet (J.),* Traité de droit civil, les perincipaux contrats spéciaux, L. G. D. J., 1996.

30- *Kermarrec (Y),* Concession commercial, commercial, Juris-classeurs, , Commercial, 1995, Fasc. 332.

31- *Legais (D.),* Clause de non concurrence, Juris – classeur, commercial, 351, 1990.

32- *Leloup (J.-M.),* Agent commercial, Rép. Dalloz. Com. 1994.

33- *Leloup (J.-M.),* Les agents commerciaux, L. G. D. J. Paris 1995.

34- *Le Tourneau (Ph.),* La concession commercial exclusive, Economica, 1995.

35- *Malaurie (P.) – Aynès (L),* Cours de droit civil, les contrats spéciaux, civils et commerciaux, Cujas, 1999.

36- *Matine de la Moutte (I.),* Agents commerciaux, represe-ntants Madataires, Juris – classeurs, commercial, 202.

37- *Pétel (Ph.),* Les obligations du mandataire, Litec, 1988.

38- *Pétal (Ph.),* Les contrat de Mandat, Coll. Connaissance du droit, Dalloz, 1994.

39- *Peruzzetto (S.) et Diloy (Ch.),* intermédiaries, Rép. Internat. Dalloz, Fév. 1999.

40- *Picod (Y.),* L'obligation de non – concurrence de plein droit et les contrats n'emportant pas transfert le clientètle, J. C. P. éd. E, 1994, 349; note sous cass. Com. 16 Mars 1993, D. 1994, somm. 224.

41- *Pigche (Ch.),* Le mandat d'interêt commun, thèse, Paris 1991.

42- *Planiol (M.) et Ripert (G.),* Traité pratique de droit civil francais, tome XI, par Savatier (R.), 2 ème édition, L. G. D. J.,

محتويات الجزء الثانى

الموضوع	الصفحة

الجزء الثالث

الأدوات المالية الآجلة

(Instruments Financiers A Terme)

وتطويع القالب العقدى للدوافع الاقتصادية

مقدمة

١- التعريف بالأدوات المالية الآجلة:

الأدوات المالية الآجلة (Les instruments financiers à term) عقود تخول أحد طرفيها حقاً باتاً (ferme) أو خياراً (facultative) بالحصول من الطرف الآخر، أثناء فترة محددة أو عند استحقاق الأجل على أصل مالى منقول، تتعدد أشكاله، ويكون سعره خاضعاً لتقلبات أو تغيرات، مثل السندات والأسهم والعملات والبضائع أو لأوضاع سعر الفائدة، وذلك مقابل ثمن أو التزام متبادل محددين عند إبرام العقد[١].

ويطلق على الأدوات المالية الآجلة فى العمل مصطلح العقود المشتقة أو المشتقات المالية؛ لأنها تولد حقوقاً والتزامات، لها قيمة مالية متغيرة تكون مشتقة أو مستمدة من قيمة أصل مالى[٢] يطلق عليه الأصل الأساسى أو المرتبط[٣] (sous – jacent)، ومثالها عقود المبادلة (Les swaps) وعقود الخيارات (Les options) وغيرها. وهى تؤدى دوراً مهماً فى حماية المستثمرين من المخاطر المالية الجديدة، مثل تغير أسعار صرف العملات أو الفائدة أو الأسهم وغيرها.

ونظم المشرع الفرنسى الأدوات المالية الآجلة، بوصفها نوعاً من الأدوات المالية بمقتضى التقنين المالى والنقدى[٤]. وتشمل الأدوات المالية الآجلة

---

(١) Auckenthaler (frank), Instruments financiers à terme de gré à gré, juris – classeur, Banque – Credit – Bourse, 2000, Fasc. 2050, n° 1.

(٢) Agbayissah (S.). Aspects juridques des produits dérivés négociés sur les marchés de gré à gré, Mélange AEDBF – France – Banque 1999, P. 15 et s.

(٣) د. أحمد صلاح عطية، الأدوات المالية المشتقة: تحد جديد للمراجعين، مجلة البحوث التجارية، كلية التجارة، جامعة الزقازيق، ١٩٩٨، ص ٩٧.

(٤) ويقصد بالأدوات المالية، وفقاً للمادة ١٢ – ١ II من التقنين المالى والنقدى كل من: أولاً: الأسهم والصكوك الأخرى التى تعطى حقاً مباشراً أو غير مباشر على رأس=

كلاً من: العقود المالية الآجلة على كل الأوراق والقيم المنقولة والمؤشرات والعملات، ويشمل ذلك الأدوات المالية المناظرة (equivalent) التى تكون محلاً للسداد النقدى، والعقود الآجلة على كل البضائع والسلع الغذائية، وعقود خيار شراء الأدوات المالية أو بيعها وكل الأدوات المالية للأسواق الآجلة.

والأدوات المالية الآجلة أو العقود الآجلة يمكن أن تبرم فى أسواق منظمة (marchés réglmentés) أو خارجها (marchés de gré à gré)، والأسواق الأولى هى تلك التى يخضع تشغيلها لتنظيم خاص تحدده القوانين واللوائح، وتتميز بوجود هيئات إدارية لها سلطة الترخيص للشركات العاملة فى الوساطة المالية، من جهة، والرقابة على أنشطة السوق وعملياته، من جهة أخرى، وينصرف التنظيم القانونى إلى تحديد طبيعة العقود الآجلة والأصول، مثل البضائع والقيم المنقولة، التى يمكن أن تتداول فى هذه الأسواق. وتتسم هذه العقود بأنها نموذجية وموحدة، إذ يكون محلها وشكلها ومدتها محدداً سلفاً، وفقاً للقواعد المنظمة للسوق، ولا يملك الأطراف الخروج عليها. وتتولى غرفة المقاصة تسوية حقوق أطراف التعاقد، على نحو يجنبهم مخاطر تخلف أى طرف عن الوفاء بالتزامه[1].

=المال أو حق تصويت، وتكون قابلة للنقل بالتسجيل فى الحساب أو بالتسليم (Les titres de capital). ثانياً: صكوك الدائنية التى تمثل حقاً فى مواجهة الشخص المعنوى الذى أصدرها، وتكون قابلة للنقل بالتسجيل فى الحساب أو بالتسليم باستبعاد الأوراق التجارية وأذون الدفع (Les titre de créances)، ثالثاً: الحصص أو الأسهم التى تصدرها مؤسسات الاستثمار الجماعى فى القيم المنقولة، مثل صناديق الاستثمار. رابعاً: الأدوات المالية الآجلة.
أنظر تفصيلا:
Vauplāne (H. de) et Bornet (j. p.), Droit des marchés financiers, Litec, 2001, P. 53 et s.

(١) Auckenthaler (F.), Instruments financiers à terme de gré à gré, op. cit., p. 3, n° 6.

أما السوق الأخرى (gré à gré)، فإن العقود الآجلة تبرم مباشرةً فيها بين أطرافها ومن خلال وسيط مالى[1]، وهم الذين يتولون تحديد شروطها بحرية، ولا تتدخل غرفة المقاصة فى أعمال التسوية[2]، وإن كان لسلطات السوق بعض أنواع الرقابة عليها[3]. ومع ذلك، فإن العمل يجرى على توحيد الشروط التعاقدية فى كل نوع من هذه العقود، من خلال صياغة عقد نموذجى يحتوى على تفاصيل الاتفاق شاملاً حقوق الطرفين والتزاماتهما. وتقتصر دراستنا على الأدوات المالية الآجلة خارج الأسواق المنظمة.

٢ـ عوامل ظهور الأدوات المالية الآجلة:

قبل ظهور الأدوات المالية الآجلة فى سبعينات القرن الفائت، كانت عقود التأمين وطريقة توزيع المخاطر بتنويع الاستثمارات (La diversification) هى الوسائل الشائعة لمواجهة المخاطر التى تلحق بمحافظ المستثمرين، ثم تبين عدم ملاءمتها لمواجهة المخاطر المالية الجديدة التى ظهرت عقب نشوب أزمة النظام النقدى الدولى، وصارت تمثل خطراً ليس فقط على المستثمرين، بل أيضاً على الاقتصاد العالمى برمته؛ لذا ابتدع العمل فى الأسواق الأجنبية وسائل وأدوات متعددة؛ لتفادى هذه المخاطر والحد من ضررها أطلق عليها: الأدوات المالية الآجلة أو عقود المشتقات المالية. وقد حظيت هذه الأدوات بقبول من المستثمرين، وشاع استخدامها على نطاق واسع، لا سيما أنها تتمتع

---

(١) Caillemer du Ferrage (A.) et Duhamel (A.), Monopole des préstataires de services d'investissement et produits dérivés négociés de dré à gré, Banque et droit, n° 76, 2001, p. 3.
د. أمال كامل عبد الله، النظام القانونى لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص ٥٤.

(٢) Auckenthaler (F.) instuements financiers à terme de gré à gré, op. cit., p. 3 n° 6.

(٣) Mojuyé (j – B.), L'analyse juridique des produits dérivés financiers, (Swaps, Options, Futures .....) en Droits Français et Américain, thèse, Paris2, 2003. p. 138.

بخصائص ذاتية تجعلها مرآة للمعلومات فى الأسواق التجارية[1] ، وذلك على النحو التالى:

٢ـ أولاً: فشل الوسائل التقليدية فى مواجهة المخاطر الجديدة:

تتمثل الأدوات والوسائل التقليدية ذائعة الصيت فى مواجهة المخاطر التى تلحق بمحافظ المستثمرين فى أداتين هما: التأمين وتفتيت المخاطر بتوزيعها على استثمارات متعددة. وهذه الأدوات لا تتفق مع طبيعة المخاطر الجديدة، وهو ما نبينه على النحو التالى:

٤ – أ – التأمين:

تلعب عمليات التأمين دوراً مهماً – بلا شك – فى تحمل عبء الخطر عن المستأمن، ومع ذلك فإن شركات التأمين ترفض التأمين من المخاطر الجديدة، كالتقلبات فى أسعار الفائدة وأسعار صرف العملات وأسعار الأسهم فى أسواق الأوراق المالية. ويرجع هذا الرفض إلى أن هذه المخاطر لا يمكن توقع وقت حدوثها أو حجمها أو الآثار التى تنجم عنها، على نحو يجعلها غير قابلة للقياس الموضوعى الدقيق، وهو شرط لازم وضرورى لدى شركات التأمين؛ لقبولها تحمل المخاطر[2]. وبافتراض موافقة هذه الشركات على حماية المستثمرين من هذه المخاطر، فإنها ستضطر لفرض أقساط تأمين باهظة، يمكن من خلالها الوفاء بمبالغ التأمين، وهو أمر يمثل عبئاً كبيراً على المستأمنين.

٥ – ب – تفتيت المخاطر بتنويع الاستثمارات (La diversification):

يعد تنويع المحفظة المالية بين أشكال عديدة من الاستثمارات وسيلة فعالة لمواجهة المخاطر التى يمكن أن تلحق بالمستثمر. فإذا وقع الخطر وأصاب بعضها،

---

(١) Mojuyé (j – B.), L'analyse juridique des produits dériviés financiers, op. cit., p. 31 et s.

(٢) د. منير إبراهيم هندى، الفكر الحديث فى إدارة المخاطر، الهندسة المالية باستخدام التوريق والمشتقات، الجزء الثانى: المشتقات: العقود الآجلة والعقود المستقبلية، منشأة المعارف، ٢٠٠٣، ص ٢٩.

أفلتت الاستثمارات الأخرى منه. ويعيب هذه الوسيلة للحماية أنها لا تفلح مع الأشكال الجديدة للمخاطر، مثل الكوارث الطبيعية أو الأزمات السياسية كالحروب والثورات أو الأزمات الاقتصادية العالمية، التى تجرف عند وقوعها كل أشكال الاستثمار دون تمييز[1].

٦- ثانياً: أزمة النظام النقدى الدولى:

تبنى اتفاق بريتون وودز "Bretton Woods" الموقع بالولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٤٤ نظاماً لتحديد أسعار صرف العملات يقوم على اتخاذ الدولار عملة مرجعية: فمن ناحية: فإن كل العملات النقدية تكون قابلة للتحول إلى دولار، وفقاً لأسعار التعادل، ومن ناحية أخرى، فإنه يمكن تحويل هذه العملات إلى ذهب، بسعر ثابت قدره ٣٥ دولاراً للأوقية الواحدة [2]. ويلزم الاتفاق الدول الأعضاء بإخطار صندوق النقد الدولى بأسعار صرف عملاتها بالنسبة للدولار، هذه الأسعار التى عدت أسعار التعادل هى حجر الأساس فى نظام استقرار أسعار الصرف. ولا يجوز لأى دولة من الدول الأعضاء أن تسمح بتقلب سعر صرف عملتها صعوداً أو هبوطاً بنسبة تزيد على ١٪ من سعر التعادل. ويحدث هذا التحكم من خلال شراء البنوك المركزية كميات من عملة الدولة المطروحة فى الأسواق أو بيعها.

وأدت حالة وفرة الدولار لدى الدول الأعضاء إلى فقدان الثقة فيه، ومن ثم عملت على تحويل الفائض الدولارى إلى ذهب. وأفضى هذا التصرف من غالبية الدول إلى هبوط رصيد الذهب لدى الولايات المتحدة الأمريكية. وإنقاذاً للموقف، أعلن الرئيس الأمريكى ريتشارد نيكسون فى عام ١٩٧١ إلغاء قابلية تحويل الدولار الأمريكى المملوك للحكومات والبنوك المركزية إلى ذهب، وفى

---

(١) Mojuyé (j. B.), L'analyse juridique des produits dêriviés financiers, op. cit., p. 34 et s.

(٢) Mojuyé (j – B.), L'analyse juridique des produits dériviés financiers, op. cit., p. 36.

العام نفسه سمح اتفاق سميثونيان بزيادة حد تقلب أسعار الصرف إلى نسبة ٢,٢٥٪ من أسعار التعادل، بدلاً من ١٪ السابقة، ونتج عن هذا وصول هامش التقلب إلى نسبة ٩٪ من أسعار التعادل، إذا ارتفعت عملة أوروبية من القاع إلى السقف مقابل الدولار، وانخفضت عملة أوروبية أخرى بالطريقة نفسها[١].

وأدى تضاعف أسعار البترول في عام ١٩٧٣ إلى اختلاف كبير في ميزان المدفوعات الدولية، وكان ذلك دافعاً إلى العدول عن نظام سعر الصرف الثابت إلى نظام سعر الصرف العائم. وأصبح تحديد سعر صرف العملة قائماً على مؤشرات ومعايير اقتصادية لكل دولة، وقابلاً للتعديل دورياً[٢]. وقد أدى هذا إلى دخول أسعار الصرف مرحلة من عدم الاستقرار[٣]، خاصةً بعد تحرير عمليات انتقال رؤوس الأموال من دولة إلى أخرى من القيود، ومن هنا أصبحت الحاجة ماسة إلى البحث عن وسيلة لتفادي مخاطر تقلبات أسعار الصرف[٤]. فنظام سعر الصرف الثابت كان يمثل أداة حماية من المشكلات الاقتصادية لأي دولة، افتقدها المستثمرون في الأسواق الدولية بعد أن أصبحت التزاماتهم الدولية خاضعة للتغير، وفقاً لمدى تقلب سعر صرف عملة الوفاء.

ويؤدي تقلب سعر صرف العملة بالضرورة إلى تغير سعر الفائدة على الائتمان، إذ يعد كلاهما جزءاً من نظام واحد، يؤثر ويتأثر بالآخر. فرفع سعر الفائدة على العملة الوطنية يحفز الأفراد على تحويل مدخراتهم إليها، وهو ما

---

(١) د. مدحت صادق، النقود الدولية وعمليات الصرف الأجنبي، دار غريب للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٩٧، ص ٣٧، ص ٤١ ؛ فرانسو لرو، الأسواق الدولية للرساميل، ترجمة د. حسين الضيقة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩١، ص ٢٩.

(٢) Mojuyé (j-B.), L'annalyse juridique des produits dériviés financiers, op. cit., p. 36.

(٣) فرانسو لرو، الأسواق الدولية للرساميل، المرجع السابق، ص ٣١.

(٤) د. مدحت صادق، النقود الدولية وعمليات الصرف الأجنبي، المرجع السابق، ص ١٦٣.

يؤدى إلى ارتفاع سعر صرفها فى ضوء زيادة الطلب على هذه العملة[1]، ومن ثم أصبح المستثمرون فى مواجهة خطر جديد يتعلق بتغيير أسعار الفائدة على الائتمان، سواء أكان فى عمليات الإقراض أم الاقتراض.

٧ ـ ثالثاً: أهمية الأدوات المالية الآجلة مصدراً للمعلومات:

تزود الأدوات المالية الآجلة المتعاملين فى الأسواق التجارية بالمعلومات المتعلقة بالأسعار المحتملة للأصول المالية، مثل سعر صرف العملة أو سعر الفائدة فى المستقبل. ويمكن الوصول إليها عن طريق التعرف على أسعار الأصول المالية فى التواريخ المحددة للتنفيذ مستقبلاً بمقتضى عقود المشتقات المالية المبرمة فعلاً، ومن ثم تساعدهم فى اتخاذ قرارهم الاستثمارى، سواء أكان هذا بالتعاقد أم بعدم التعاقد أم بتحديد سعر الأصل المالى[2].

٨ ـ تقسيم : تعدد الصور بتعدد الأهداف:

تتعدد صور الأدوات المالية الآجلة فى ضوء تنوع أغراض استخدامها فى الأسواق التجارية. وبعبارة أخرى، فإن المستثمرين الذين يبرمون عقود مبادلة (Swaps) أو عقود خيار (options) أو عقوداً آجلة على حدى معدل الفائدة ينشدون تحقيق مصالح وأهداف اقتصادية متباينة، وفقاً للعقد المبرم والذى يتم تشكيله وفقاً لتلك الأهداف[3]. ومع ذلك، فإن هذه الأهداف والغايات — رغم تنوعها وتعددها — يمكن ردها إلى فكرة واحدة، وهى نقل المخاطر الاقتصادية، وإن اختلف شكل العقد الذى يحدث من خلاله عملية النقل.

---

(١) د. منير إبراهيم هندى، الفكر الحديث فى إدارة المخاطر، الهندسة المالية باستخدام التوريق والمشتقات، المرجع السابق، ص ٣٠٧.

(٢) د. منير إبراهيم هندى، المرجع السابق، ص ١٦.

(٣) Auckenthaler (F.), Instruments financiers à terme de gré à gré, op. cit., p. 4, n°14 et S; Medjaoui (K.), les marchés dériviés à terme et organisés d'instruments financiers, L. G. D. J., 1996, p. 38 et S.; Mojuyé (J. – B.), L'analyse juridique des produits dérivés financiers, op. cit., p. 61 et s.

وعلى هذا رأينا تقسيم هذا البحث إلى بابين نبين فى الأول دوافع المستثمرين فى اللجوء إلى الأدوات المالية الآجلة (العقد المشتق)، ونتطرق فى الثانى لكيفية تشكيل العقد وفقاً لتلك الدوافع، أو بعبارة أخرى مظاهر تطويع العقد تحقيقاً للأهداف والغايات التى ينشدها المستثمر، على النحو التالى:

الباب الأول: الأدوات الآجلة والدوافع الاقتصادية للمستثمرين.

الباب الثانى: الأدوات الآجلة وتطويع القالب العقدى.

الباب الأول

الأدوات الآجلة والدوافع الاقتصادية للمستثمرين

٩ ـ تفادى تذبذب الأسعار:

يلجأ المستثمرون فى الأسواق التجارية إلى الأدوات المالية الآجلة دفعاً للخطر الاقتصادى الذى يحيق باستثماراتهم، ويتمثل فى تقلب (fluctuations) الأسعار المتعلقة بصرف العملات أو بالفوائد أو الأسهم أو غيرها من الأصول المالية.

ويساعد تفادى الخطر الاقتصادى المستثمرين على تحقيق أهداف وغايات عديدة من بينها: التخفيف من أعباء الفوائد المرتبطة بالقروض، وتحويل الديون ذات معدل الفائدة المتغير إلى معدل ثابت والعكس، وزيادة دخل بعض الأصول، مثل السندات متوسطة الأجل، والتخفيف من قسوة شروط الاقتراض وغيرها[١].

وعلى الرغم من أهمية الأدوات الآجلة فى تفادى الخطر الاقتصادى، فإنها تثير كثيراً من الجدل فى مدى انطباق وصف المقامرة أو الرهان عليها، بوصفها من عقود الغرر، ومن ثم تثير الجدل فى مدى مشروعيتها.

وتفصيلاً لما سبق، نقسم هذا الباب إلى فصلين على النحو التالى:

الفصل الأول: الأدوات الآجلة وصور نقل المخاطر الاقتصادية.

الفصل الثانى: الأدوات الآجلة ومشروعية نقل المخاطر الاقتصادية.

---

(١) Mojuyé (J.-B.), L'analyse juridique des produits dériviés financiers, op. cit., p. 62.

الفصل الأول

الأدوات الآجلة وصور نقل المخاطر الاقتصادية

١٠ - صور ثلاث:

يأخذ نقل المخاطر الاقتصادية أشكالاً متعددة يمكن إيجازها فى الآتى :

١١ - أولاً - التحوط (La Couverture) :

التحوط هو تفادى المخاطر الاقتصادية فى المستقبل أو تقليل آثارها ، عن طريق نقلها إلى الطرف الآخر فى التعاقد. وهذه المخاطر الاقتصادية تتمثل فى تقلب ثمن السلع ، أو سعر صرف العملات ، أو معدل الفائدة على القروض [١] .

وتطبيقاً لذلك ، نفترض أن أحد المستثمرين المصريين تعاقد مع شركة فرنسية لشراء سيارات ركوب ، على أن يستحق ثمن الشئ المبيع فى مواعيد التوريد مستقبلاً ، ويكون السداد باليورو الأوربى. هذا المستثمر يساوره القلق إزاء التغيرات المحتملة فى سعر صرف الجنيه المصرى مقابل اليورو ، لا سيما بعد انقشاع أزمة الديون الأوروبية وتوقع المراقبين استرداد العملة الأوروبية لقوتها ، فهو قد بنى حساب الأرباح من الصفقة المبرمة على أساس الفارق المتوقع بين الإيرادات والمصروفات ، بيد أن هذا الحساب التقريبى يصطدم بعقبة شديدة تخرج من نطاق سيطرته ، وتتمثل فى خطر تقلب أسعار صرف العملة وهبوط قيمة الجنيه المصرى ، عند سداده ثمن السلعة فى المستقبل ، وهو ما يجعل مصير الصفقة الفشل الذريع ، إذا انخفضت قيمة الجنيه المصرى مقابل اليورو فى أسواق الصرف.

---

(١) Mojuyé (J.-B.), L'analyse juridique des produits dériviés financiers op. cit., p. 63; Boulat (A. – B.) et Chabert (P. – Y.), Les Swaps, technique contractuelle et régime juridique, op. cit., p. 24; Auckenthaler (F.), Instruments à terme de gré à gré, op. cit., n° 15.

وقد ابتدع العمل أدوات مالية تمكن المستثمر من تفادى خطر تقلب سعر الصرف، من بينها عقود خيارات شراء العملات. فيستطيع المشترى تفادى الخطر المذكور بإبرام عقد خيار شراء يتيح له شراء هذه العملة - أى عملة الوفاء - بالسعر المتفق عليه فى تاريخ مستقبلى، يتعاصر مع ميعاد تنفيذ التزامه بالوفاء بالثمن فى عقد آخر. ويثبت للمستثمر هذا الحق مقابل مكافأة أو علاوة. فمثلاً إذا كان التعاقد فى إبريل ٢٠١٢، على أن يكون تاريخ تنفيذ خيار الشراء فى يونيه ٢٠١٢ بسعر ٨ جنيه لليورو الواحد، فإنه عند حلول أجل السداد، إذا انخفضت قيمة الجنيه المصرى، نفذ خيار الشراء بالسعر الذى حدده. أما فى الحالة العكسية، فإن المستثمر سيشترى اليورو من سوق الصرف الفورى مقابل تحمله — فقط — قيمة العلاوة مقابل عدم تنفيذ العقد[1].

١٢ـ ثانياً ـ المضاربة (La Spéculation):

إذا كانت الأدوات المالية قد مكنت المتعاملين فى الأسواق من تفادى المخاطر الاقتصادية المتمثلة فى تقلب الأسعار، فإنها تسمح لهم أيضاً بالاستفادة من هذا التقلب فى تحقيق الربح عن طريق التوقعات المبنية على دراسة الأسواق[2]. فإذا توقع أحد المستثمرين انخفاض قيمة الجنيه المصرى مقابل اليورو

(١) راجع في استخدام عقود خيارات شراء العملات أداة للتحوط ضد المخاطر:
Mojuyé (j-B.), L'analyse juridique des produits dérviés financiers, op.cit., p. 63.
د. منير إبراهيم هندى، إدارة المخاطر، الجزء الثالث، عقود الخيارات، منشأة المعارف، ٢٠٠٧، ص ٣٦٢؛ د. طارق عبد العال حماد، المشتقات المالية، الدار الجامعية، ٢٠١٠، ص ٣٢.

(٢) راجع في ذلك:
Mojuyé (J-B.), L'annalyse juridique des produits dérviés financiers, op.cit., p. 71; Boulat (A-B.), et Chabert (P. Y.), Les Swaps, technique contractuelle et régime juridique, op. cit., P. 25; Auckenthaler (F.). Instruments financiers à term de gré, op. cit., n°17.
د. آمال كامل عبد الله، النظام القانوني لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة، المرجع السابق، ص ١٧؛ د. طارق عبد العال حماد، المشتقات المالية، المرجع السابق، ص ٣٣؛ د. مدحت صادق، النقود الدولية وعمليات الصرف الأجنبى، المرجع السابق، ص ٥٤ وما بعدها.

مستقبلاً، فيمكنه استخدام أداة مالية، كعقد السواب (Swap) لتحقيق ربح من هذا الانخفاض المتوقع. وبموجب هذا العقد يشترى المستثمر عملة اليورو بسعر ٧,٨٠ جنيه مصرى مثلاً فورياً، مع التزامه بالقيام بعملية عكسية فى المستقبل، فى التاريخ المحدد، باسترداد كل طرف ماسبق أن سدده عند بداية التعاقد. فإذا كان سعر صرف اليورو الواحد قد أصبح عند الاسترداد ٨,٢٠ جنيه مصرى، فإن المستثمر يحصل على ربح مقداره أربعون قرشاً لكل يورو كان محلاً لعقد السواب. وإذا انخفض سعر الصرف عن ٧,٨٠ جنيه لكل يورو، فإن الربح يكون من نصيب المتعاقد الآخر، الذى كانت توقعاته مغايرة للأول.

١٢ مكرر - ثالثاً - الموازنة (L'arbitrage):

الأصل أن تكون أسعار العملات الأجنبية فى مختلف الأسواق متقاربة إلى حد كبير، إلا أن هذا لاينفى وجود اختلافات طفيفة يكون مرجعها تباين قوى العرض وا لطلب على العملات من سوق لأخرى، وتفاوت درجات نشاط التعامل فى أسواق الصرف الأجنبى وغيرها من العوامل. وتتيح عملية الموازنة للمستثمرين تحقيق استفادة مالية للمتعاملين، باستغلال فروق الأسعار بين الأسواق[1]، وذلك باتباع قواعد ثلاث: أولاها: الشراء من السوق المنخفضة والبيع فى السوق المرتفعة. ثانيها: التزامن بين عمليات الشراء والبيع تفادياً لمخاطر التقلب. ثالثها: أن يفوق الناتج من عملية الموازنة مصروفات التنفيذ. وترد عمليات الموازنة على الأصول المالية الأخرى مثل الفائدة والأسهم.

---

(١) Aukenthaler (F.), Instruments finaciers à terme de gré à gré, op. cit., p. 4, n° 18.

الفصل الثانى

الأدوات الآجلة ومشروعية نقل المخاطر الاقتصادية

١٢ـ الأدوات الآجلة بين صحة العقود الاحتمالية وقاعدة تحريم المقامرة والرهان:

يرتب العقد فى ذمة عاقديه التزامات محققة الوجود والمقدار منذ انعقاده، بحيث يتمكن كل منهما من تحديد ما يعطيه وما يأخذه، ومثال ذلك عقد البيع الذى يحدد بدقة الشئ المبيع والثمن المستحق. ويسمى العقد فى هذه الحالة بالعقد المحدد. وفى مواجهة هذا العقد، يوجد نوع آخر هو العقد الاحتمالى أو عقد الغرر، ويقصد به الاتفاق الذى تتوقف فيه التزامات طرفيه أو أحدهما فى وجودها أو مقدارها على أمر مستقبل غير محقق الوقوع أو غير محدد وقت وقوعه، بحيث لا يعرف وقت انعقاد العقد ما يحصل عليه أحد المتعاقدين أو كلاهما، نتيجة للعقد، ويكون هناك احتمال للربح أو الخسارة[١]. وأبرز مثال للعقد الاحتمالى عقد التأمين، فالمؤمن وقت إبرام العقد لا يعرف مقدار ما يأخذ ومقدار ما يعطى، إذ إن ذلك يتوقف على وقوع الخطر المؤمن منه أو عدم وقوعه، وكذلك الحال بالنسبة إلى المؤمن له، فمقدار ما يأخذ ومقدار ما يعطى يتوقف أيضاً على وقوع الخطر أو عدم وقوعه[٢].

وعقود الغرر أو العقود الاحتمالية عقود صحيحة فى القانون المصرى، إلا ما انطبق عليه وصف الرهان أو المقامرة[٣]. والمقامرة (jeu) عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يدفع – إذا خسر المقامرة – للمتعاقد الآخر الذى كسبها مبلغاً من النقود أو شيئاً آخر متفقاً عليه. ومن أمثلتها الاتفاق على حصول من يكسب

---

(١) د. حسام الأهوانى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ١٩٩٥، ص ٥١.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء السابع، المجلد الثانى، عقد التأمين والمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغى، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص ١٠٧٢.

(٣) تنص المادة ٧٣٩ على أن "١- يكون باطلاً كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان. ٢- ......".

فى ألعاب الشطرنج أو ألعاب الورق على مبلغ من المال من الشخص الخاسر. أما الرهان (Pari) فهو عقد يتعهد بموجبه كل من المتراهنين أن يدفع – إذا لم يصدق قوله فى واقعة غير محققة – للمتراهن الذى يصدق قوله مبلغاً من النقود أو أى شئ آخر متفق عليه. ومن تطبيقات الرهان، قيام عدد من الناس يشهدون اللعب بالتراهن على من يكون الكاسب من اللاعبين[1]. وتشترك المقامرة مع الرهان فى أن حق المتعاقد فى كل منهما يتوقف على واقعة غير محققة، وهى أن يكسب المقامر اللعب فى المقامرة أو أن يصدق قول المتراهن فى الرهان، ولكن المقامرة تفارق الرهان فى أن المقامر يقوم بدور إيجابى فى محاولة تحقيق الواقعة غير المحققة، أما المتراهن فلا يقوم بأى دور فى محاولة تحقيق صدق قوله[2].

ويستثنى من الأحكام السابقة الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً فى الألعاب الرياضية، ولكن للقاضى أن يخفض قيمة هذا الرهان، إذا كان مبالغاً فيه. ويستثنى أيضاً ما رخص فيه قانوناً من أوراق النصيب (م ٧٤٠ مدنى).

وترجع الحكمة فى بطلان عقود الغرر التى تأخذ شكل المقامرة أو الرهان إلى أنها اتفاقات مخالفة للآداب؛ فهى تقوى فى نفس المقامر أو المتراهن الإثراء عن طريق المصادفة والحظ، بدلاً من العمل والكد، وهى مخالفة للنظام العام كذلك؛ لما يترتب عليها من تداول للثروات دون قيمة تضاف إليها من عمل أو استثمار مفيد[3]. ويترتب البطلان فى كل مقامرة أو رهان، بقطع النظر عن الباعث الرئيسى الدافع لإبرام العقد، إذ أن الأحكام تبنى على العلة لا على الحكمة. ففى كل احتمال يتضمن مقامرة أو رهاناً يفترض المشرع توفر نية الإثراء

---

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، المرجع السابق، ص ٩٣٥ و٩٣٦.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، المرجع السابق، ص ٩٣٥ و٩٣٦.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط في شرح القانون المدنى، المرجع السابق، ص ٩٤١ و٩٤٢.

غير المشروع، ولو كان الباعث الحقيقى غير ذلك[1] وهو افتراض غير قابل لإثبات العكس.

ويقترب الحكم المقرر فى القانون المصرى من القانون الفرنسى، ومع ذلك فثمة اختلافات بينهما تتمثل فى الآتى[2]: أولاً: أن المادة ١٩٦٥ مدنى فرنسى لم ترتب جزاء البطلان على اتفاقات المقامرة أو الرهان، بل ترفض فقط دعوى الوفاء للمطالبة بدين القمار أو للوفاء بالرهان، أما المادة ٧٣٩/ ١ من القانون المدنى المصرى فجاءت قاطعة فى بطلان المقامرة والرهان بطلاناً مطلقاً. ثانياً: أن المادة ١٩٦٧ مدنى فرنسى تقضى بأنه فى أية حالة لا يجوز لمن خسر أن يطلب استرداد ما دفعه اختياراً، ما لم يكن هناك تدليس أو احتيال من جانب الغالب. وقيل إن المادة ١٩٦٧ أثر من آثار المادة ١٩٦٥، فطالما كان الاتفاق مشروعاً وصحيحاً وينحصر الجزاء المترتب عليه فى رفض دعوى الوفاء فقط، فإن الوفاء الاختيارى بهذه الالتزامات لا يعطى الحق فى الاسترداد. هذا ويقضى القانون المدنى المصرى فى المادة ٧٣٩/ ٢ بأنه لمن خسر فى مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره، ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك. وله أن يثبت ما دفعه بجميع الطرق.

ويثار التساؤل عن مدى توفر طابع المقامرة أو الرهان فى الأدوات المالية الآجلة بصفتها عقوداً احتمالية، ففى عقد خيار شراء العملات أو الأسهم يضارب طرفا عقد الخيار على واقعة مستقبلية غير محققة وقت إبرام العقد، تتمثل فى صعود الأسعار أو نزولها، فمشترى الخيار يضارب على الصعود، ومحرره — أى بائعه — يضارب على الهبوط. فإذا صدق حدس الأول، فقد حقق الربح، وخسره الثانى، وإذا لم يصدق، فإنه يخسر علاوة إصدار الخيار ويربحها الثانى[3].

---

(١) د. عصام أنور سليم، طبيعة الغرر المبطل للمعاوضات فى القانون المصرى، منشأة المعارف، ٢٠٠٣، ص ٣٣.

(٢) د. عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص ٥٦ و٥٧.

(٣) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، الإطار القانونى لخيار شراء القيم المنقولة، مجلس النشر العلمى، جامعة الكويت، ٢٠٠١، ص ١٢٨.

ويتطلب بيان مدى مشروعية الأدوات الآجلة أن نعقد مقارنة بينها وبين المقامرة والرهان من زاويتين: الأولى تقوم على خصائص هذه الأدوات وطبيعتها، والثانية: تستند على الموقف التشريعي والقضائي في مصر وفرنسا.

١٤ - أولاً: التمييز الموضوعي بين الغرر في الأدوات الآجلة وفي المقامرة والرهان:

تعد الأدوات المالية الآجلة – بلا شك – من عقود الغرر، ومع ذلك فإنها تفترق عن المقامرة أو الرهان من أوجه ثلاثة: الأول: أنها تنعقد بهدف دفع الأخطار المتعلقة بتذبذب الأسعار وتقلبها، بعكس المقامرة – أو الرهان – التي تتسم بطابع احتمالي مطلق، وليس لها أغراض اقتصادية[1]. الثاني: أن استعمال هذه الآليات الجديدة في الأسواق التجارية يكون مسبوقاً بإجراء حسابات دقيقة، ودراسات متخصصة عن مستقبل الأسعار في الأسواق، ولا تعتمد على محض الحظ أو المصادفة، كما هو حاصل في المقامرة والرهان[2]. الثالث: أن المقامر أو المتراهن ينشئ – بإبرامه عقود المقامرة أو الرهان – الخطر الذي ينقله بعد ذلك إلى المتعاقد الآخر، أما المستثمر في الأدوات الآجلة فلا يخلق الخطر الموجود فعلاً، بل يتفادى آثاره السلبية، من خلال هذه الآليات، أو يستعمله لتحقيق نفع مالي[3].

١٥ - ثانياً: التمييز التشريعي والقضائي بين الأدوات الآجلة وعقود المقامرة والرهان:

مرت القوانين والأحكام القضائية في مصر وفرنسا بعدة مراحل قبل أن تقر بصحة الأدوات المالية الآجلة، وذلك على النحو التالي:

---

(١) Besse (A.) – Gauvin (A.), Licéité des dérviés de crédit en droit francais, Revue de droit bancaire et de la bourse, 1999, n°72, p. 49.

(٢) Gauvin (A.), Les dérviés de crédit, Nature et Régime juridiques, op. cit., p. 160.

(٣) Boulat (P. A.) – Chabert (P. – Y.), Les Swaps, technique contractuelle et régime juridique, op.cit., P. 49.

١٦ ـ أ ـ فى فرنسا:

استقر القضاء الفرنسى فى المرحلة السابقة على عام ١٨٨٥ على ضرورة التفرقة بين نوعين من العمليات الآجلة: الأول: يتضمن تسليماً فعلياً وحقيقياً للصكوك، والثانى: يبرم على المكشوف ويؤول إلى مجرد التزام بدفع فروق الأسعار واعتبار الأخيرة صفقات صورية ينطبق عليها وصف المقامرة، وفقاً للمادة ١٩٦٥ من القانون المدنى الفرنسى[١].

وكان هذا القضاء محلاً لانتقاد الفقه لسببين: الأول: أنه يقدم للمتعاملين الخاسرين فى البورصة الذريعة للتحلل من التزاماتهم عند طريق الدفع بالمقامرة، مع بقاء السمسار مسئولاً فى مواجهة الطرف الآخر، بصفته وكيلاً بالعمولة، وهو ما أدى إلى زعزعة الأسواق المالية. والثانى: أن العمليات الآجلة تؤدى دوراً مهماً فى تنظيم المضاربة، ومن ثم تحول دون ارتفاع الأسعار ارتفاعاً لا تبرره وقائع الحال، أو هبوطها إلى القاع دون مسوغ[٢].

ومن هنا تدخل المشرع الفرنسى بقانون ٢٨ مارس ١٨٨٥ مقرراً صحة البيوع الآجلة، بالنص على أن جميع الصفقات الآجلة الواردة على غلال أو بضائع تعد مشروعة، فلا يجوز لأحد – حتى يتخلص من الالتزامات الناتجة عنها – أن يحتج بالمادة ١٩٦٥ من التقنين المدنى، حتى ولو كانت هذه الصفقات تؤول إلى مجرد التزام بدفع فروق الأسعار[٣].

ورغم صراحة هذا القانون، فقد اتجهت بعض المحاكم إلى التمييز بين البيع الآجل الذى قصد به منذ البداية أن يؤول إلى مجرد دفع فروق الأسعار،

---

(١) Vauplane (H. de) et Borent (j – P.), Droit des marchés financiers, Litec, 3e edition, P. 578 et s.; Auckenthaler (F.), Instruments financiers à terme de gré à gré, op. cit., n° 53.

(٢) Auckenthaler (F.), Instruments financiers à terme de gré à gré, op. cit., n° 53.

(٣) د. عصام أنور سليم، طبيعة الغرر المبطل للمعاوضات فى القانون المصرى، المرجع السابق، ص ١١٠ و ١١١.

ويكون البيع فى هذه الحالة مقامرة، وبين البيع الآجل الذى لم يقترن بهذا القصد منذ البداية، وإن آل فعلاً باتفاق الطرفين اللاحق إلى مجرد دفع الفروق، وهذا هو البيع الصحيح، وفقاً لقانون ١٨٥٥[١]. ولم تأخذ محكمة النقض بهذا التفسير[٢].

وبعد قرن من الزمان عدل المشرع الفرنسى من قانون ١٨٨٥ موسعاً من نطاق العقود الآجلة، ومسبغاً الشرعية على جميع الصفقات الآجلة، الواردة على سندات عامة أو غيرها أو على أوراق مالية أو على غلال أو بضائع، وكذلك جميع العمليات الواردة على معدلات الفائدة أو أسعار صرف العملات[٣]. وتطبق هذه الأحكام على العقود كافة، حتى ولو أبرمت خارج البورصة[٤].

وتأكدت شرعية الأدوات المالية الآجلة بمقتضى المادة ٤٦/ ١ من قانون ٢ يولية ١٩٩٦، ويندرج فى نطاق هذه الأدوات: العقود الآجلة الواردة على القيم المنقولة والمؤشرات والعملات ومعدلات الفائدة وعقود الخيار وغيرها، وفقاً للتعداد الوارد فى المادة الثالثة من هذا القانون[٥]. وأعاد التقنين المالى والنقدى تأكيد صحة هذه الأدوات وعدم جواز عدها مقامرة محظورة، وفقاً للمادة ١٩٦٥ من القانون المدنى[٦].

---

(١) د. عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص ١١٢؛ د. آمال كامل عبد الله، النظام القانونى لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة، المرجع السابق، ص ٢٠٦.

Auckenthaler (F.), Instruments finaciers à terme de gré à gré, op. cit., n° 56.

(٢) **Cass. Civ., 22 Juin 1898; D. P. 1899, I, P. 5.**

(٣) **Auckenthaler (F.), Instruments financiers à terme de gré à gré, op. cit., n° 53.**

(٤) . آمال كامل عبد الله، النظام القانونى لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة، المرجع السابق، ص ٢٠٧.

(٥) **Auckenthaler (F.), Instruments financiers à terme de gré à gré, op. cit., n° 53.**

(٦) **Auckenthaler (F.), Instruments financiers à terme de gré à gré, op. cit., n° 53.**

١٧ ـ ب ـ فى مصر:

قبل صدور القانون رقم ٢٣/ ٢٤ لسنة ١٩٠٩، كان القضاء المصرى يسير على نهج القضاء الفرنسى فى مرحلة ما قبل قانون ٢٨ مارس لسنة ١٨٨٥، فيميز بين البيع الآجل الذى يقصد المتعاقدان تنفيذه عيناً، ولو اتفقا بعد ذلك على الاقتصار على دفع الفروق، وهذا بيع صحيح، وبين البيع الآجل الذى يتفق طرفاه منذ البداية على عدم تنفيذه عيناً وأن يؤول إلى مجرد التزام بدفع فروق الأسعار، وهذا بيع باطل؛ لأنه مراهنة غير مشروعة. وكان من تبعات هذه التفرقة عدم استقرار التعامل فى البورصة، إذ إن التمييز بين نوعى البيع الآجل لا يجعل المستثمر مطمئناً إلى مصير العقد[1].

وفى نوفمبر ١٩٠٩ صدر القانون رقم ٢٣/ ٢٤ لسنة ١٩٠٩ بتعديل المادة ٧٣/ ٧٩ من التقنين التجارى السابق، وعد كل عقد آجل صحيحاً وملزماً دون البحث فى نية المتعاقدين، شريطة أن يكون معقوداً فى البورصة، وأن يكون متعلقاً ببضائع أو أوراق ذات قيمة مسعرة[2].

وبصدور قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ أقر المشرع المصرى فى المادة ٤٦ منه بشرعية العقود الآجلة، إن قصد المتعاقدان منها أن تؤول إلى مجرد التزام بدفع فروق الأسعار، بشرط أن تعقد العملية فى سوق الأوراق المالية وأن تتعلق بصكوك مدرجة فى جداول أسعار هذا السوق. وفوض القانون الوزير المختص فى إصدار قرار بتنظيم العقود الآجلة فى البورصة.

ويرى البعض[3] أن الشرطين السابقين يتعارضان مع فكرة عقود المبادلة (Swaps)، وهى إحدى صور العقود الآجلة التى تقع غالباً خارج سوق منظمة

---

(١) د. عبد الرازق أحمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء السابع، المجلد الثانى، ص ٩٨١. وكانت المادة ٧٣ تنص قبل تعديلها على عدم قبول أى دعوى أمام المحاكم بخصوص عمل يؤول إلى مجرد دفع فروق.

(٢) د. عبد الرازق أحمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء السابع، المجلد الثانى، المرجع السابق ص ٩٨١ و٩٨٢.

(٣) د. آمال كامل عبد الله، النظام القانونى لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة، المرجع السابق، ص ٢١٢.

للأوراق المالية، وقد لا تتعلق بصكوك مدرجة فى جداول أسعار البورصة، ومن ثم، لا تدخل فى نطاق العقود الآجلة، التى يجيزها المشرع بمقتضى المادة ٤٦، ويستثنى من ذلك عقود مبادلة العملات التى تعد مشروعة بموجب المادة ١١٣ من قانون البنك المركزى والجهاز المصرفى والنقد رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣[١].

وفى رأينا، فإن المشرع المصرى كان حريصاً على استقرار التعامل فى بورصة الأوراق المالية، فأجاز العقود الآجلة المبرمة بها دون بحث فى نية المتعاقدين. وبعبارة أخرى، فإنه قد أقام قرينة قانونية قاطعة تعد بمقتضاها العقود الآجلة التى تبرم بالبورصة — وبشروط المادة ٤٦ من قانون التجارة — صحيحة، وإن كان بعضها باطلاً لتوفر شروط القمار فى البيع المعقود، أو لانصراف نية المتعاقد إلى الإثراء غير المشروع، باستعمال طريق المراهنة على ما يؤول إليه البيع الآجل من دفع الفرق بين الثمن المتفق عليه والثمن فى يوم التصفية[٢]، شريطة ألا يخرج التعامل من المضاربات العادية إلى المضاربات غير المشروعة[٣]. غير أن العقود الآجلة الأخرى التى أبرمت خارج البورصة ولا تتوفر فيها شروط المادة ٤٦ من قانون التجارة تعد صحيحة أيضاً، شريطة ألا تأخذ شكل المقامرة أو الرهان، ويكون للقضاء سلطة التحقق من انطباق نص المادة ٧٣٩ مدنى عليها من عدمه. وفى ظل تطبيق القانون رقم ٢٣/ ٢٤ لسنة ١٩٠٩ كان قضاء النقض المصرى يقضى بصحة العقود الآجلة، ولو انعقدت خارج البورصة وآلت إلى دفع فروق الأسعار، شريطة أن تكون جدية لا تنطوى على مقامرة أو رهان[٤].

---

(١) د. آمال كامل عبد الله، المرجع السابق، ص ٢٧١. وتنص المادة ١١٣ من القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ على أن: "للبنوك المعتمدة القيام بكافة عمليات النقد الأجنبى، بما فى ذلك قبول الودائع والتعامل والتحويل للداخل والخارج والتشغيل والتغطية فيما لا تحوزه من أرصدة بالنقد الأجنبى، ....".

(٢) د. عصام أنور سليم، طبيعة الغرر المبطل للمعاوضات فى القانون المصرى، المرجع السابق، ص ١٢٢.

(٣) نقض مدنى ٢ مايو ١٩٦٧، مجموعة المكتب الفنى، س ١٨٠، ص ٩٣٠.

(٤) نقض مدنى ١٢ نوفمبر ١٩٥٩، مجموعة المكتب الفنى، س ١٠، ص ٦٤١.
وأنظر فى التعليق على هذا الحكم: د. آمال كامل عبد الله، النظام القانونى لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة، المرجع السابق، ص ٢١١ و٢١٢.

الباب الثانى

الأدوات الآجلة وتطويع القالب العقدى

الفصل الأول

مظاهر تطويع القالب العقدى

المبحث الأول

عقد الخيار

١٨ - العلاوة مقابل ازدواجية الفرص المتاحة:

عقد الخيار (Une option) هو العقد الذى يكتسب بمقتضاه أحد الأطراف، ويسمى مشترى الخيار، مقابل الوفاء بمبلغ مالى، يطلق عليه المكافأة، من الطرف الآخر، ويسمى بائع الخيار أو محرر الخيار، الحق فى أن يشترى أو يبيع كمية محددة من أصل عينى أو مالى، بسعر متفق عليه، أثناء فترة محددة أو فى تاريخ معين[1].

وتتمثل الأصول التى يرد عليها الحق فى الشراء أو البيع أو فى البضائع والأسهم والسندات والعملات ومعدلات الفائدة وغيرها. ومن تطبيقات عقد الخيار التى توضح أسلوب التعاقد ونطاقه وأهدافه، عقد الخيار على أسعار صرف العملات الأجنبية، إذ يعد تقلب أسعار صرف العملات الأجنبية وتغيرها مشكلة تؤرق المستثمر الذى يتعامل فى أسواق خارجية بعملة غير عملته الوطنية، كما أنها تؤرق الحكومات، عندما تتدخل فى الأسواق الدولية بالاقتراض أو بالإقراض؛ لذا يكون من الضرورى البحث عن وسيلة لمواجهة

---

(١) Auckenthaler (F.), Instruments financiers à terme de gré à gré, op. cit., n° 52; Mojuyé (J.-B.), L'analyse juridique des produits dérivés financiers, op. cit., p. 90, n° 255; Gauvin (A.), Les dérivés de crédit, Nature et Régime juridiques, thèse, Paris1, 1999, p. 33 – 34.

د. أحمد عبد الرحمن الملحم، الإطار القانونى لخيار شراء القيم المنقولة، المرجع السابق، ص ٩ وما بعدها.

الأخطار المحتملة لتقلب سعر الصرف، عندما يحين وقت الوفاء بالالتزام بسداد مبلغ نقدى بعملة أجنبية فى المستقبل[1].

ونفترض لأن أحد المستثمرين قد أبرم اتفاقاً فى الأول من مارس ٢٠١٢؛ لاستيراد ماكينة طباعة من إيطاليا بسعر (١٠٠٠٠٠ يورو) على أن تسدد قيمة صفقة الشراء فى الأول من سبتمبر من العام نفسه، وتفادياً لمخاطر ارتفاع بسعر صرف اليورو فى مواجهة الدولار الأمريكى، وهو العملة التى يحوزها المستثمر، يلجأ الأخير إلى إبرام عقد خيار شراء يورو، بسعر تنفيذ قدره ١،٣٠ للدولار الأمريكى الواحد، فى تاريخ متزامن مع تاريخ قيامه بالوفاء بالتزامه النقدى فى عقد استيراد الماكينة وفى مقابل مكافأة قدرها ٢ سنت لكل يورو.

وعند حلول الأجل، إذا أصبح سعر اليورو فى الأسواق ١،٤٠ دولار، يكون للمشترى حينئذ أن يطلب تنفيذ عقد الخيار؛ ليحصل من بائع الخيار أو المحرر على مائة ألف يورو بسعر ١،٣٠ دولار لكل يورو. ولما كان سعر الصرف لليورو الواحد فى تاريخ التنفيذ هو ١،٤٠ دولار، فإن الفارق بين السعرين – وهو ما يطلق عليه قيمة الخيار – يكون مقداره ١٠ سنت، يربح منها المشترى ٨ سنت، آخذاً فى الحسبان أنه سبق أن دفع لمحرر الخيار مكافأة مقدارها ٢ سنت، ويخسر بائع الخيار المبلغ نفسه الذى ربحه المشترى، أما إذا انخفضت قيمة اليورو وصارت تعادل ١،٢٠ دولار فإن المشترى سيطلب عدم تنفيذ عقد الخيار، ويلجأ إلى الشراء من السوق العاجلة أو الفورية، ولن يخسر سوى قيمة المكافأة التى سددها للمحرر[2].

ويتضح مما سبق أن عقود الخيار تولد مجموعة من الحقوق والالتزامات، تكون مشتقة أو مستمدة من سعر صرف العملة؛ ولذلك يطلق عليها عقود

---

(١) د. منير إبراهيم هندى، إدارة المخاطر، الجزء الثالث: عقود الخيارات، منشأة المعارف، ٢٠٠٧، ص ٣٦١.

(٢) راجع فى ذلك: د. منير إبراهيم هندى، المرجع السابق، ص ٣٦٢.

المشتقات[1]. وفى غياب هذا العقد كان المستثمر المشترى سيعانى من مخاطر ارتفاع سعر الصرف على نحو يفضى إلى الوفاء بالتزامه فى عقد استيراد الماكينة، بمبلغ أكثر من الذى حدده – عند إبرام العقد، فى ضوء العلاقة بين الدولار الأمريكى واليورو فى هذا التاريخ.

ويلزم العقد مشترى الخيار بسداد مبلغ مالى لبائع الخيار أو محرره عند التعاقد، يكون غير قابل للرد، ويسمى مكافأة إصدار الخيار أو علاوته. وفى مقابل هذا المبلغ، يكون للمشترى الحق فى المطالبة بتنفيذ العقد أو عدم تنفيذه؛ ولذا أطلق على هذا العقد اسم الخيار فى ضوء ازدواجية الفرص المتاحة أمامه التى ينتفى منها ما يحقق مصلحته المالية بمقتضى سعر الأصل المالى فى التاريخ المحدد للتنفيذ. ولا يحمل العقد المشترى بأى التزامات خلاف سداد المكافأة أو العلاوة.

١٩ ـ تعدد صور العقد بتعدد أشكال الخطر:

ويطلق على العقود التى يكتسب بمقتضاها أحد الأطراف الحق فى الشراء خيارات شراء (options d'achat – call)، أما العقود التى تعطى الحق فى البيع فتسمى خيارات البيع (options de vente – put)[2].

ويجوز أن ترتبط مباشرة الحق فى التنفيذ أو عدم التنفيذ بتاريخ استحقاق محدد، أو يكون فى كل لحظة خلال فترة محددة ممتدة بين تاريخين، أو فى عدة تواريخ استحقاق خلال فترة محددة. ويطلق على الخيار فى الحالة الأولى الخيار

---

(١) Mojuyé (J. – B.), L'analayse juridique des produits dérivés financiers, op.cit., p. 92; Auckenthaler (F.), Instruments financiers à terme de gré à gré, op.cit., n° 2; Agbayissah (S.), Aspects juridiques des produits dérivés négociés sur les marchés de gré à gré: Mélange AEDBF – France, Banque 1999, P. 15.

(٢) Auckenthaler (F.), Instruments financiers à terme de gré à gré, op.cit., n° 28.

الأوروبى، وفى الحالة الثانية الخيار الأمريكى، وفى الحالة الثالثة الخيار الأسيوى[1].

المبحث الثانى
عقد المبادلة أو السواب

٢٠ ـ الحماية من المخاطر وتبادل المراكز:

عقد السواب (Swap) هو عقد يلتزم بمقتضاه طرفاه بتبادل أصول مالية أو تدفقات نقدية مرتبطة بعمليات محددة[2]. وهو ينقسم إلى نوعين رئيسيين هما: عقد مبادلة العملات وعقد مبادلة أسعار الفائدة.

ففى عقد مبادلة أسعار الفائدة، إذا افترضنا أن إحدى الشركات (أ) تمتلك أصولاً مالية، قد تكون سندات أو ودائع أو غيرها، تدر عليها عائداً متغيراً، فى الوقت الذى تكون فيه التزاماتها المالية الأخرى، كالقروض، محسوبة على أساس معدل فائدة ثابت. ولو انخفض معدل الفائدة المتغير، فإن أوضاع الشركة المالية تتأثر سلباً، وستضطر إلى سداد فوائد ثابتة أكبر مما تحصل عليه من الفائدة المتغيرة التى تدرها استثماراتها، فى حين تستفيد من الزيادة فى سعر الفائدة المتغير، هذه الشركة تكون لها مصلحة بلا شك فى حماية نفسها من

---

(١) Auckenthaler (F.), Instruments financiers à terme de gré à gré, op.cit., n° 28.

(٢) Vauplane (H. de) et Borent (j – P.), Droit des marchs financiers, Litec, 1998, p 588, n° 701.

أنظر فى عقد السواب:

Mattout (j – P.), opération de taux d'intérêt et de devises, Revue Banque, n° 463, Janvier 1987; Browen (J. – T.), les échanges de devises et de taux d'intérêt entre enterprises swaps: analyse juridique et fiscale en droit anglais et en droit francais, Rev. D. aff. Internationales, 1985 n°3; (A.), Gauvin Les Dérivés de crédit, Nature et Régime juridiques, op. cit., p. 25; Mojuyé (k.- B.), L'analyse juridique des produits dérivés financiers, op. cit., p. 222 et S.

المأزق المالى المحتمل والناتج عن انخفاض سعر الفائدة المتغير، بالتعاقد مع شركة أخرى (ب) لها وضع معاكس للشركة الأولى، على مبادلة أسعار الفائدة[1].

وبمقتضى هذا العقد، تلتزم الشركة (أ) بسداد قيمة الفائدة المتغيرة لقرض الشركة (ب)، وفى المقابل تلتزم الشركة (ب) بسداد قيمة الفائدة الثابتة لقرض الشركة (أ)، دون التزام أى منهما بسداد أصل القرض[2]؛ ولذلك فمهما كانت قيمة انخفاض الفائدة المتغيرة، فإن الشركة (أ) لن تكون عاجزة عن سداد جزء من الفائدة الثابتة؛ لأن الشركة (ب) قد التزمت بسداد الأخيرة، وفى المقابل فإن الشركة (ب) التى تخشى من ارتفاع السعر المتغير للفائدة التى تسدد بها التزاماتها عن الفائدة الثابتة التى تدرها استثماراتها ستكون بمنأى عن هذا الخطر، إذ ستسدد (أ) التزاماتها المالية المتمثلة فى الفائدة المتغيرة.

وفى ضوء، ذلك يعرف الفقه عقد مبادلة أسعار الفائدة بأنه العقد الذى يلتزم طرفاه وبالتبادل بأن يسدد كل منهما للآخر مبلغاً مالياً يمثل الوفاء بالفوائد المستحقة على قرضين ممنوحين بالعملة نفسها لطرفى العقد، وذلك أثناء فترة محددة. وتتحدد قيمة الفوائد على أساس مبلغ وهمى أو اعتبارى، يمثل جزءاً من قيمة القرض[3]، مع الأخذ فى الحسبان اختلاف قيمة القرضين الممنوحين اللذين تسدد فائدتهما بالتبادل.

٢١ ـ نوعية المخاطر فى مبادلة العملات وأهمية المبادلة العكسية:

أما عقد سواب الصرف أو العملات، فيقصد به العقد الذى يتضمن مبادلة عملة كالدولار الأمريكى مثلاً بعملة أخرى كالجنيه المصرى، بشكل ناجز وفورى عند التعاقد واسترداد كل طرف من خلال عملية عكسية ما سبق أن سدده فى نهاية مدة العقد، مضافاً إليه فارق سعر الفائدة المقرر على العمليتين فى

---

(١) فرانسو لرو، الأسواق الدولية للرسمايل، المرجع السابق، ص ٢٧٠.
(٢) د. آمال كامل عبد الله، المرجع السابق، ٢٠٠٤، ص ٣٢.
(٣) د. طارق عبد العال حماد، المشتقات المالية، المرجع السابق، ص ٢٠٧.

فترة التعاقد[١]. ويهدف هذا العقد إلى التحوط من المخاطر الناشئة من تقلب أسعار صرف العملات وتغيرها[٢]، فمبادلة الجنيه المصرى بالدولار الأمريكى – وفقاً لسعر صرف يوم التعاقد واشتقاقاً منه ثم استرداد المبلغ نفسه فى نهاية مدة العقد، مهما تغيرت أسعار صرف العملتين – تؤمن المستثمر المصرى من انخفاض قيمة الجنيه فى مواجهة الدولار الأمريكى؛ ولذلك فإن التزاماته المالية المقررة مستقبلاً بالدولار الأمريكى لن تتغير قيمتها بالزيادة، إذا احتسبت بالجنيه المصرى، الذى يشكل العملة الوطنية لهذا المستثمر، عند إبرامه عقد مبادلة، ومن ثم لا تشكل عبئاً على ميزانيته، مهما ارتفعت قيمة الدولار فى مواجهة الجنيه المصرى. ويعتمد تحديد المكسب الذى يجنيه كل طرف على سعر صرف العملتين لحظة القيام بالعملية العكسية.

وعلى النقيض من عقود مبادلة أسعار الفائدة غير المتبادل فيها الأصول المالية التى تحتسب الفوائد عليها، وتكون متطابقة، فإن عقود مبادلة أسعار الصرف تتضمن مبادلة حقيقية فى بداية التعاقد ونهايته للأصول المالية، والتى تكون بعملات مختلفة[٣]. ولا تعرف عقود مبادلة أسعار الفائدة العملية العكسية المقررة فى نهاية عقد مبادلة أسعار الصرف؛ لأن المخاطر متباينة بالنسبة للمتعاقدين فى الحالتين، ففى الحالة الأولى تكون متحققة طيلة فترة التعاقد، أما فى الحالة الثانية فإن الخطر – وفقاً لحسابات المتعاقدين – لا يقع إلا عند نهاية التعاقد، وهو موعد يتزامن مع سداد التزامات أخرى بعملة غير العملة الوطنية. أما حاجة أحد الطرفين أو كليهما لعملة أجنبية عند إبرام التعاقد، فلا يشكل روح العقد، حتى ولو استعملت فى الوفاء بالتزامات مالية حل موعدها؛ لأن

---

(١) Auckenthaler (F.), Instruments financiers à terme de gré à gré, op.cit., n° 21, Vauplane (H. de) et Borent (j. – P.), Droit des marchés financiers, op. cit., p. 631, n° 701.

(٢) د. آمال كامل عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٠ و٣٢.

(٣) Vauplane (H. de) et Borent (j.- P.), Droit des marchés financiers, op. cit., p. 631, n° 701.

السوق الفورية لتبادل العملات تستطيع القيام بهذه الوظيفة دون حاجة لعقد مبادلة.

ويمزج الفن القانونى بين عقد السواب وعقد الخيار فى تعاقد واحد يطلق عليه خيار المبادلة (Swaption)، وهو عقد يكتسب بمقتضاه أحد الأطراف – أثناء فترة زمنية محددة أو فى تاريخ محدد – الحق فى إبرام عقد السواب [1] .

المبحث الثالث
العقود الآجلة
على الحدين الأدنى والأقصى لمعدلات الفائدة

٢٢ - المزج بين أهداف عقود المبادلة ومحتوى عقود الخيار:

يجمع الفن القانونى بين الهدف من عقود مبادلة سعر الفائدة، وهو الحماية من مخاطر تغير سعر الفائدة، وبين نظام عقود الخيار ومحتواها، فى عقد واحد يأخذ ثلاثة تطبيقات أو أشكال: العقد الآجل على الحد الأقصى لسعر الفائدة (Le cap)، والعقد الآجل على الحد الأدنى لسعر الفائدة (Le floor)، والعقد الآجل على الحدين الأقصى والأدنى لسعر الفائدة (Le collar) [2]، نبينها فيما يلى:

---

(١) Mojuyé (k.- B.), L'analyse juridique des produits dérivés financiers, op. cit., p. 96; Vauplane (H.de) et Bornet (j.-P.), Droit des marchés financiers, op. cit., p. 632, n° 701.

(٢) Auckenthaler (F.), Instruments financiers à terme de gré à gré, op.cit., n° 31 et S.; Mojuyé (k.- B.), L'analyse juridique des produits dérivés financiers, p. 94 et S.; Agbayissah (S.) et lepage (M. A.), les "Caps", "Floors" et 'Collars", à l'épreuve d'une Qualification en opération d'assurance, Revue de droit bancaire et de la bourse, 1996, n° 58, p. 224 et S.

٢٣ ـ أولاً: العقد الآجل على الحد الأقصى لسعر الفائدة (Le Cap):

إذا حصلت إحدى الشركات على قرض بمعدل فائدة متغير (EURIBOR) لمدة عامين تستحق أقساطه كل ثلاثة شهور، فإنها تتعرض لمخاطر زيادة معدل الفائدة عن الحد الذى تكون قد بنت عليه توقعاتها. ويمكن لهذه الشركة التحوط ضد هذا الخطر، من خلال إبرام عقد آجل على الحد الأقصى للفائدة (Le Cap).

وبمقتضى هذا العقد يسدد أحد الطرفين للطرف الآخر علاوة أو مكافأة، تمثل نسبة من معدل الفائدة، مقابل التزام الآخر بأن يسدد الفارق الإيجابى بين معدل الفائدة المتغير والحد الأقصى الذى أتفق عليه. فإذا كان هذا الحد لسعر الفائدة ٦٪، وكانت أسعار الفائدة المتغيرة فى مواعيد سداد أقساط القرض تتجاوز ذلك بأن كانت ٦,٥٪ مثلاً، فإن الطرف الذى قبض العلاوة أو المكافأة يكون ملتزماً بأن يسدد لمن دفعها الفارق الذى يتجاوز ٦٪، وهو ٠,٥٪ أما فى حالة انخفاض معدل الفائدة عن ٦٪، فلا يكون هذا الطرف ملتزماً بسداد شئ، ويكون قد كسب العلاوة أو المكافأة. ويحمى هذا العقد المستثمر من ارتفاع معدلات الفائدة عن حد معين.

وفى ضوء ذلك، يمكننا تعريف العقد الآجل الوارد على الحد الأقصى للفائدة (Le cap) بأنه عقد يلتزم بمقتضاه أحد الأطراف، مقابل الحصول على مبلغ مالى يطلق عليه المكافأة أو العلاوة من الطرف الآخر أن يسدد للأخير الفارق الإيجابى بين معدل الفائدة المتغير والحد الأقصى لمعدل الفائدة المتفق عليه فى الميعاد أو المواعيد المحددة فى الاتفاق[1].

٢٤ ـ ثانياً: العقد الآجل على الحد الأدنى لمعدل الفائدة (Le floor):

وعلى النقيض من العقد السابق، فإن العقد الآجل على الحد الأدنى لمعدل الفائدة يواجه الحالات التى يحصل فيها المستثمر على معدل فائدة متغير من

---

(١) Mojuyé (k.- B.), L'analyse juridique des produits dérivés financiers, op. cit., p. 94; Auckenthaler (F.), Instruments financiers à terme de gré à gré, op.cit., n° 23.

استثماراته المالية، كودائع أو سندات أو غيرها، ويرغب فى أن يكون بمنأى عن انخفاضها إلى درجة لا يتحملها، أو يصبح معها عاجزاً عن الوفاء بالتزاماته الأخرى؛ لذا يمكنه أن يدخل فى عقد (Le floor)، ويسدد للطرف الآخر علاوة تمثل نسبة من معدل الفائدة، مقابل التزام الأخير بأن يسدد الفارق السلبى بين معدل الفائدة المتغير والحد الأدنى المتفق عليه. فإذا انخفض سعر الفائدة المتغير فى أسواق الائتمان وقت الاتفاق من ٦٪ إلى ٣٪، وكان الحد الأدنى هو ٣,٥٪، فإن الطرف الذى قبض العلاوة يكون ملتزماً بسداد ٠,٥٪ تمثل الفارق السلبى بين سعر الفائدة ٣٪ والحد الأدنى المتفق عليه وهو ٣,٥٪؛ وبذلك يوفر هذا العقد للمستثمر حداً أدنى لعائد استثماراته. وبالنسبة للمتعاقد معه، فإنه يكسب العلاوة أو المكافأة إذا لم ينزل معدل الفائدة عن الحد المتفق عليه.

ومن ثم يعرف العقد الآجل على الحد الأدنى لمعدل الفائدة (Le floor) بأنه عقد يلتزم بمقتضاه أحد الأطراف مقابل الحصول على مبلغ مالى، يطلق عليه المكافأة أو العلاوة، من الطرف الآخر بأن يسدد للأخير الفارق السلبى بين معدل الفائدة المتغير والحد الأدنى لمعدل الفائدة المتفق عليه فى الميعاد أو المواعيد المحددة فى الاتفاق[1].

٢٥ - ثالثاً - العقد الآجل على الحدين الأدنى والأقصى لمعدل الفائدة (Le Collar):

يمثل هذا العقد تزاوجاً بين عقدى الـ (Le floor) والـ (Le Cap). فالمستثمر الذى يرغب فى حماية استثماراته من انخفاض المكاسب التى يجنيها منها نتيجة انخفاض العائد، ولا يريد أن يتحمل قيمة المكافأة أو العمولة، يستطيع أن يبرم عقداً مزدوجاً مع مستثمر آخر له أهداف عكسية تتمثل فى ضمان عدم ارتفاع أسعار الفائدة التى يتحملها، مقابل عمليات الاقتراض، عن حد معين يكون قد

(١) Mojuyé (k.- B.), L'analyse juridique des produits dérivés financiers, op. cit., p.261; Auckenthaler (F.), Instruments financiers à terme de gré à gré, op.cit., n° 33.

بنى عليه توقعاته، ويتناسب مع التزاماته المالية الأخرى. وفى الوقت نفسه يرغب فى عدم تحمل قيمة المكافأة أو العلاوة.

وبمقتضى هذا العقد المزدوج، فإن المستثمر المقترض الذى يحمى نفسه من مخاطر ارتفاع معدل الفائدة المتغير عن حد معين، سيكون هو الملتزم بسداد الفارق السلبى للطرف الآخر فى حالة انخفاض سعر الفائدة عن حد معين، وعلى النقيض الطرف الآخر. وتقوم فكرة هذا العقد على أن عدم تحمل أحد الأطراف لقيمة العلاوة أو المكافأة، يقابله التزامه أمام الطرف الآخر بتحمل الفارق الإيجابى أو السلبى لمعدل الفائدة المعمول به فى أسواق الائتمان عن حدى الفائدة المتفق عليها، وهو ما يفرض دمج عقدى الـ (Le floor) والـ (Le Cap) فى إطار واحد يتمتع فيه كل طرف بمركزين قانونين مختلفين.

الفصل الثانى
خصائص الأدوات المالية الآجلة
المبحث الأول
الخصائص الإيجابية للأدوات المالية الآجلة

٢٦ ـ تعداد:

الأدوات المالية الآجلة: عقود تتسم بأنها رضائية وزمنية وملزمة للجانبين ومعاوضة ومساومة واحتمالية، فضلاً عن أنها قد تؤول إلى التزام أحد الطرفين بسداد فروق الأسعار. وتقتصر دراستنا على أهم هذه الخصائص، وهى أنها عقود معاوضة (المطلب الأول)، وعقود ملزمة للجانبين (المطلب الثانى).

المطلب الأول
الأدوات الآجلة وعقود المعاوضة

٢٧ ـ مظاهر المعاوضة فى المشتقات المالية:

عقد المعاوضة هو العقد الذى يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلاً لما يعطى. ففى البيع يأخذ المشترى المبيع فى مقابل الثمن، ويأخذ البائع الثمن فى مقابل المبيع[1]. أما عقد التبرع فهو العقد الذى لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين عوضاً عما أعطاه، مع انصراف نية المتعاقد إلى التبرع، أى إفادة غيره دون منفعة مادية تعود عليه. ويقوم التبرع على عنصرين: الأول مادى، وهو عدم وجود المقابل، والثانى معنوى، يتمثل فى توفر نية التبرع[2].

وتظهر أهمية التمييز بين التبرعات والمعاوضات من نواح متعددة أخصها الطعن فى تصرفات المدين الضارة بدائنيه، وعدم نفاذها فى مواجهتهم (الدعوى

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى، النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٧٥، ص ٨٤.

(٢) د. حسام الأهوانى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٥٠.

البوليصية)[1]، فإذا كان تصرف المدين بعوض، اشترط لعدم نفاذه فى مواجهة دائنه أن يكون منطوياً على غش من المدين، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش. أما إذا كان التصرف تبرعاً، فإنه لا ينفذ فى حق الدائن، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً (م ٢٣٨ مدنى).

وتعد الأدوات المالية الآجلة من عقود المعاوضات، فكل طرف من الطرفين يحصل على مقابل لما يعطيه الطرف الآخر[2]، ففى عقد الخيار يحصل أحد الطرفين على خيار تنفيذ الصفقة أو عدم تنفيذها، مقابل سداده قيمة العلاوة أو المكافأة، فى حين يحصل الطرف الآخر على قيمة العلاوة، مقابل أن يمنحه المتعاقد معه الخيار فى التنفيذ أو عدم التنفيذ. وفى عقود مبادلات العملات، فإن كل طرف من الأطراف يسلم الآخر مبلغاً بعملة معينة، مقابل الحصول على مبلغ مساوٍ بعملة أخرى[3]. وفى عقود مبادلة أسعار الفائدة، فإن كل طرف يسدد للآخر مبلغاً مالياً يمثل الوفاء بالفوائد المستحقة على قرضين ممنوحين بالعملة نفسها لطرفى العقد. وتتحدد قيمة الفوائد على أساس مبلغ وهمى أو اعتبارى يمثل جزءاً من قيمة القرض، مع الأخذ فى الحسبان اختلاف قيمة القرضين الممنوحين.

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى، النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٨٦ وما بعدها.

(٢) **Mojuyé (k.- B.), L'analyse juridique des produits dérivés financiers, op. cit., p.314; Gauvin (A.), Les dérivés de crédit, Nature et Régime juridiques, op. cit., p. 118; Besse (A.) et Gauvin (A.), Licéité des dérvés de crédit en droit français, op. cit., P. 48; Boulat (P. – A.) et chabert (P. – Y.), op. cit., P. 37.**

(٣) د. آمال كامل عبد الله، النظام القانونى لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة، المرجع السابق، ص ١٩٣-١٩٤.

المطلب الثانى

الأدوات الآجلة والعقود الملزمة للجانبين

٢٨ ـ التزام أحد الطرفين بدفع الفروق ومدى توفر صفة التبادل:

تنقسم العقود من حيث أثرها إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد. فالعقد الملزم للجانبين هو العقد الذى ينشئ التزامات متقابلة على عاتق كل من طرفيه، بحيث يكون كل منهما دائناً ومديناً فى الوقت نفسه. ومثاله عقد البيع، حيث يلتزم البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع وضمانه، ويلتزم المشترى بدفع الثمن(١).

أما العقد الملزم لجانب واحد فهو لا يولد إلا التزامات على عاتق أحد الطرفين دون الطرف الآخر، ففى عقد الوكالة بغير أجر، يلتزم الوكيل بالقيام بعمل قانونى لحساب الموكل، وذلك دون أن يلتزم الموكل بشئ فى المقابل(٢).

ويؤدى الترابط القائم بين التزامات كل من الطرفين فى العقود الملزمة للجانبين إلى تطبيق ثلاثة أحكام قانونية لا تسرى فى العقود الملزمة لجانب واحد: فمن ناحية، يجوز الدفع بعدم التنفيذ فى حالة عدم تنفيذ أحد الأطراف لالتزامه، ومن ناحية ثانية، فإنه إذا لم ينفذ أحد الأطراف التزاماته يحق للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد، وأخيراً، إذا استحال تنفيذ أحد الالتزامات فى العقد، انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه(٣).

وينشئ عقد المبادلة التزامات متبادلة فى ذمة طرفيه، ففى مبادلة العملات يلتزم كل طرف بسداد مبلغ معين بعملة محددة إلى الطرف الآخر عند التعاقد، من ناحية، ثم فى نهاية مدة العقد من خلال عملية عكسية، من ناحية

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى، النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى، المرجع السابق، ص ٧٩ - ٨٠.

(٢) د. حسام الأهوانى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٤٩.

(٣) د. حسام الأهوانى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٤٩.

أخرى. وفى مبادلة أسعار الفائدة، يلتزم كل طرف من طرفى العقد، أثناء فترة العقد، بأن يسدد للآخر مبالغ مالية، تمثل الوفاء بالفوائد المستحقة على قرضين ممنوحين بالعملة نفسها لطرفى العقد.

وإذا أفضى تنفيذ العقد إلى التزام أحد الطرفين فقط بدفع الفروق بين المبالغ الممثلة لأسعار الفائدة المقررة على عاتق كل طرف على حدة، فإن هذا الالتزام لا يغير من الصفة التبادلية فى العقد لسببين: الأول: أن هذه الفروق تعد انعكاساً للمقاصة الحاصلة بين التزامين ماليين مقررين على عاتق طرفى العقد. الثانى: أن نية الأطراف قد انصرفت عند التعاقد إلى الوفاء بالتزامات متبادلة[1]، ولا عبرة بالمكسب النهائى الذى يجنيه أحد الطرفين والمتمثل فى الحصول على نتيجة إعمال المقاصة القانونية فى نفى صفة التبادل عن العقد.

وفى عقود الخيار، فإن المشترى يلتزم بالوفاء بقيمة العلاوة أو المكافأة للبائع، مقابل التزام الأخير بالإبقاء أثناء فترة مباشرة الخيار على إيجابة بشراء أصل مالى أو بيعه لمصلحة المشترى وفقاً لنوع الخيار[2]. لذا، فإن الأخير يكون مديناً بالتزام بات وفورى بالوفاء بقيمة محددة للبائع، وهى قيمة العلاوة من ناحية ودائناً بحق يتمثل فى الخيار بين طلب تنفيذ صفقة البيع أو الشراء أو عدم تنفيذها، أثناء الفترة المحددة أو فى التاريخ المعين لمباشرة الخيار من ناحية أخرى. وفى المقابل، فإن البائع يكون مديناً بالتزام بات بالإبقاء على إيجابه، من ناحية، ودائناً بحق يتمثل فى الحصول على قيمة العلاوة أو المكافأة فورياً عند التعاقد، وهى ثمن الخيار، من ناحية أخرى[3].

---

(١) Boulat (P. A.) – Chabert (P. – Y.), op. cit., P. 35.

(٢) تنقسم عقود الخيارات إلى نوعين: الأول: هى العقود التى يكتسب بمقتضاها أحد الطرفين الحق فى الشراء ويطلق عليها خيارات الشراء، الثانى: العقود التى تعطى الحق فى البيع وتسمى خيارات البيع.

(٣) Medjaoui (Kh.), Les marchs à terme dérivés et organisés d'instruments financiers, op. cit., p. 307 – 308.

المبحث الثانى

الخصائص السلبية للأدوات المالية الآجلة

٢٩ـ تمهيد:

تفترق الأدوات الآجلة عن عقود الوديعة والقرض والمقايضة. ولا تدخل ضمن عقود الاعتبار الشخصى (المطلب الأول)، أو التأمين (المطلب الثانى).

المطلب الأول

الأدوات الآجلة وعقود الاعتبار الشخصى

٣٠ـ هل شخصية المتعاقد فى الأدوات الآجلة هى سبب الالتزام؟

يقصد بالعقود التى تقوم على الاعتبار الشخصى تلك العقود التى يعتمد إبرامها على عنصر محدد هو شخصية المتعاقد(١) والتى تمثل الدافع الباعث إلى التعاقد أى سبب الالتزام(٢). ويلتصق الاعتبار الشخصى بعقود التبرعات، حيث يختار المتبرع شخصاً بعينه ويقدم له منفعة مالية دون مقابل(٣). أما عقود المعاوضات، فلا تقوم — كقاعدة عامة — على الاعتبار الشخصى، فالأصل أن التعاقد يحدث لأهداف اقتصادية لا تتأثر بشخصية المتعاقد، كالبيع والمقاولة(٤). ومع ذلك، فبعض المعاوضات تكون شخصية المتعاقد فيها ملحوظة، ومثالها: عقود الوكالة والعمل وشركات الأشخاص. وتبدو أهمية التفرقة بين العقود المبنية على الاعتبار الشخصى وغيرها من أوجه عديدة، فالغلط فى التعاقد فى عقود الاعتبار الشخصى يعد غلطاً جوهرياً وعيباً من عيوب الإرادة(٥).

---

(١) Besse (A.) – Gauvin (A.), Licéité des dérivés de crédit en droit francais, op. cit., 1999, n° 45, p. 48.

(٢) د. حسام الأهوانى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٤٧.

(٣) Starck (B.), Roland (H.) et Boyes- (L.),- Obligations – 2 contrat, 4e éd. Litec,_1993, n° 80, P. 30

(٤) د. حسام الأهوانى المرجع السابق، ص ٤٧.

(٥) Besse (A.) – Gauvin (A.), op. cit., P. 48.

ويذهب البعض[1] إلى أن العقود الآجلة على الحدين الأقصى والأدنى لمعدلات الفائدة هى عقود قائمة على الاعتبار الشخصى، ويستند فى ذلك إلى سببين: الأول: يتعلق بنوعية المخاطر وخصائصها التى يتم تغطيتها والتى تتطلب صفة فى شخص المتعاقد الآخر، وهى مقدرته على تنفيذ العقد. الثانى: يتصل بنموذج عقد الإطار الذى وضعته الجمعية الفرنسية للبنوك فى هذا النوع من المشتقات المالية والذى يقضى بأن الحقوق والالتزامات الناتجة من العقد-لا يمكن أن تنقل للغير دون موافقة الطرف الآخر فى التعاقد.

وينتقد الفقه[2] التحليل السابق، إذ إنه فى العلاقات القانونية التجارية كافة لا يقبل الموجب أن يتعاقد مع آخر معسر، ومن ثم فإن المقدرة المالية لا تعد عنصراً حاسماً فى هذا الصدد[3]. ولا يكفى لقيام العقد على الاعتبار الشخصى أن يكون ثمة اعتداد بشخصية المتعاقد بدرجة معينة، بل يجب أن يكون هذا الاعتبار الشخصى قد ارتفع، وشكل سبباً للالتزام.

وتؤكد الأهداف الاقتصادية للأدوات الآجلة، وهى المضاربة والترجيح وغيرها، قيامها على الاعتبار المالى البحت[4]. ولا يغير من هذا التكييف الشروط التى تحظر نقل الحقوق والالتزامات للغير فى بعض الحالات، إذ إن العبرة فى إسباغ صفة الاعتبار الشخصى بطبيعة العقد وجوهره.

---

(١) Agbayissah (S.) – Lepage (M. – A.), Les "Caps", "Floors" et "Collars" à L'épreuve d'une Qualification en Opération d'assurance, op. cit., P. 228.

(٢) Gauvin (A.), Les dérivés de crédit, Nature et Régime juridiques, op. cit., p. 121 et 122.

(٣) د. آمال كامل عبد الله، المرجع السابق، ص ١٩٩.

(٤) فى هذا الاتجاه:

Mojuyé, (j.p.), L'analyse juridiques des produits dérivés financiers, op. cit., P. 320 – 321.

المطلب الثانى

الأدوات الآجلة وعقود التأمين

٢١ ـ اختلاف شروط التغطية:

التأمين: عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدى إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذى اشترط التأمين لمصلحته، مبلغاً من مال أو إيراداً مرتباً أو أى عوض مالى آخر فى حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك فى نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن(١).

وتتشابه الأدوات الآجلة مع عقد التأمين فى أن الاحتمال يلعب دوراً فى تحديد التزامات الأطراف فى كليهما، من جهة، ويكون للطرف الملتزم بالتغطية مصلحة فى عدم وقوع الخطر الذى يحيق بالطرف الآخر فى العقد، من جهة أخرى(٢).

ومع ذلك، فإنه يوجد اختلافات عديدة بينهما تتمثل فى **أولاً**: أن الخطر فى العقود الآجلة، وهو تذبذب الأسعار وتقلبها هو خطر لا تقبل شركات التأمين تغطيته، من خلال عقود التأمين. **ثانياً**: أن المادة ٧٥١ من القانون المدنى تقضى بالتزام المؤمن بتعويض المؤمن له عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه، بشرط ألا يجاوز ذلك قيمة التأمين، وهو ما يعنى ضرورة توفر شرطين للتغطية هما وقوع الخطر وحدوث الضرر، أما فى العقود الآجلة فلا يشترط للتغطية حدوث الضرر(٣). **ثالثاً**: أن التأمين يقوم على فكرة التبادل، بمعنى

---

(١) المادة ٧٤٧ من القانون المدنى المصرى.

(٢) Agbayissah (S.) – Lepage (M. A.), Les "caps", "Floors" et "Collars" à L'épreuve d'une Qualification en operation d'assurance, op. cit., P. 230.

(٣) Besse (A.) – Gauvin (A.), Licéité des dérviés de crédit en droit français, Revue de droit bancaire et de la bourse, 1999, n° 72, P. 52.

اشتراك المؤمن لهم جميعاً، من خلال الأقساط المسددة، في تغطية الأضرار الناتجة من المخاطر محل التأمين. أما الخطر في الأدوات الآجلة فينتقل من طرف إلى طرف آخر يتحمله بمفرده"[1].

(١) Besse (A.) – Gauvin (A.), Licéité des dérvié de crédit en droit français, Revue de droit bancaire et de la bourse, 1999, n° 72, P. 52.

خاتمة

٣٢ ـ ضرورة وضع ضوابط لاستعمال الأدوات الآجلة:

الأدوات المالية الآجلة: (Les instruments financiers à term) عقود تخول أحد طرفيها حقاً باتاً (ferme) أو الخيار (facultative) فى الحصول من الطرف الآخر، أثناء فترة محددة أو عند استحقاق الأجل على أصل مالى منقول، تتعدد أشكاله، ويكون سعره خاضعاً لتقلبات أو تغيرات، مثل السندات والأسهم والعملات والبضائع أو لأوضاع سعر الفائدة، وذلك مقابل ثمن أو التزام متبادل، محددين عند إبرام العقد.

وقبل ظهور الأدوات المالية الآجلة فى سبعينات القرن الفائت، كانت عقود التأمين وطريقة توزيع المخاطر بتنويع الاستثمارات (La diversification) هى الوسائل الشائعة لمواجهة المخاطر التى تلحق بمحافظ المستثمرين، ثم تبين عدم ملاءمتها لمواجهة المخاطر المالية الجديدة التى ظهرت عقب نشوب أزمة النظام النقدى الدولى، وصارت تمثل خطراً ليس فقط على المستثمرين، بل أيضاً على الاقتصاد العالمى برمته، لذا ابتدع العمل فى الأسواق الأجنبية وسائل وأدوات متعددة، لتفادى هذه المخاطر والحد من ضررها أطلق عليها: الأدوات المالية الآجلة أو عقود المشتقات المالية. وقد حظيت هذه الأدوات بقبول من المستثمرين، وشاع استخدامها على نطاق واسع، لا سيما أنها تتمتع بخصائص ذاتية تجعلها مرآة للمعلومات فى الأسواق التجارية.

ويلجأ المستثمرون فى الأسواق التجارية إلى الأدوات المالية الآجلة دفعاً للخطر الاقتصادى الذى يحيق باستثماراتهم، ويتمثل فى تذبذب (fluctuations) الأسعار المتعلقة بصرف العملات وتقلبها أو بالفوائد أو الأسهم أو غيرها من الأصول المالية. ويساعد تفادى الخطر الاقتصادى المستثمرين على تحقيق أهداف وغايات عديدة من بينها: التخفيف من أعباء الفوائد المرتبطة بالقروض وتحويل الديون ذات معدل الفائدة المتغير إلى معدل ثابت والعكس،

وزيادة دخل بعض الأصول، مثل السندات متوسطة الأجل، والتخفيف من قسوة شروط الاقتراض وغيرها.

ومع ذلك، فإن عقود المشتقات – وباستخدام الهندسة المالية – قد أسهمت فى توليد موجات متتالية من الأصول المالية، بناءً على أصل واحد، وهو ما يؤدى إلى تفاقم الأضرار عند حدوث مشكلة لأحد هذه الأصول، وهذا ما حدث عام ٢٠٠٨، وكان أحد أسباب الأزمة المالية العالمية؛ لذا يتعين وضع ضوابط قانونية لاستعمال هذه العقود؛ تفادياً للأزمات التى يمكن أن تنتج عنها.

مراجع البحث

أولاً: المراجع باللغة العربية:

١- **د. أحمد صلاح عطية**، الأدوات المالية المشتقة: تحد جديد للمراجعين، مجلة البحوث التجارية، كلية التجارة، جامعة الزقازيق، ١٩٩٨، ص ٩٧.

٢- **د. أحمد عبد الرحمن الملحم**، الإطار القانونى لخيار شراء القيم المنقولة، مجلس النشر العلمى، جامعة الكويت، ٢٠٠١.

٣- **د. آمال كامل عبد الله**، النظام القانونى لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٤.

٤- **د. حسام الأهوانى**، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ١٩٩٥.

٥- **د. طارق عبد العال حماد**، المشتقات المالية، الدار الجامعية بالاسكندرية، ٢٠١٠.

٦- **د. عبد الرزاق أحمد السنهورى**، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء السابع، عقد التأمين والمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة، المجلد الثانى، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغى، منشأة المعارف، ٢٠٠٤.

٧- **د. عبد المنعم البدراوى**، النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٧٥.

٨- **د. عصام أنور سليم**، طبيعة الغرر المبطل للمعاوضات فى القانون المصرى، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٣.

٩- **فرانسو لرو**، الأسواق الدولية للرساميل، ترجمة د. حسين الضيقة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩١.

١٠- **د. مدحت صادق**، النقود الدولية وعمليات الصرف الأجنبى، دار غريب للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٩٧.

١١- **د. منير إبراهيم هندى**، إدارة المخاطر، الجزء الثالث: عقود الخيارات، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٧.

١٢- د. منير إبراهيم هندى، الفكر الحديث فى إدارة المخاطر، الهندسة المالية باستخدام التوريق والمشتقات، الجزء الثانى: المشتقات: العقود الآجلة والعقود المستقبلية، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٣.

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية:

1- ***Auckenthaler (F.),*** **Instruments financiers à terme de gré à gré, juris – classeur, Banque – Credit – Bourse, 2000, Fasc. 2050.**

2- ***Agbayissah (S.)*** **Aspects juridques des produits dérivés négociés sur les marchés de gré à gré, Mélange AEDBF – France – Baque 1999, P. 15 et s.**

3- ***Agbayissah (S.) et lepage (M. A.),*** **les "Caps", "Floors" et "Collars", à l'épreuve d'une Qualification en opération d'assurance, Revue de droit bancaire et de la bourse, 1996, n° 58, p. 224 et s.**

4- ***Boulat (A.-B.) et Chabert (P.-Y.),*** **Les Swaps, Technique contractuelle et régime juridique, Masson, 1992.**

5- ***Besse (A.) – Gauvin (A.),*** **Licéité des dérivés de crédit en droit Francais, Revue de droit bancaire et de la bourse, 1999, n° 72, P. 49.**

6- ***Browen (J.T.),*** **les échanges de devises et de taux d'intérêt enter enterprises swaps: analyse juridique et fiscale en droit Anglais et en droit Français, Rev. D. aff. Internationales 1985, n° 3.**

7- ***Caillemer du Ferrage (A.) et Duhamel (A.),*** **Monopole des préstataires de services d'investissement et produits**

dérivés négociés de gré à gré, Banque et droit, no 76, 2001, p. 3.

8- *Gauvin (A.),* Les derives de credit, Nature et Régime Juridiques, thèse, Paris 1, 1999.

9- *Gauvin (A.),* Licéité des dérivés de crédit en droit francais, Revue de droit bancaire et de la bourse, 1999, n°72, p. 49.

10- *Mojuyé (J.-B.),* L'analyse juridique des produits dérivés financiers, (Swaps, Options, Futures ......) en Droits Français et Américain, thèse, paris2, 2003.

11- *Mattout (j.-P.),* opération d'échange de taux d'intérêt et de devises, Revue Banque, n° 463, Janvier 1987.

12- *Medijaoui (K.),* les marchés dérivés à terme et organisés d'instruments financiers, L. G. D.J., 1996.

13- *Starck (B.), Roland (H.)* et Boyes (L.), Obligations – 2 Contrat, 4e éd, Litec, 1193.

14- *Vauplane (H.de) et Bornet (j.-P.),* Droit des marchés financiers, Litec, 3e edition.

محتويات الجزء الثالث

الجزء الرابع

الشكل الجديد للورقة المالية
وفكرة حفظ القيود الحسابية

مقدمة

١- سيادة الاعتبار المالي في شركات الأموال وقابلية الأوراق المالية للتداول:

ترتكز شركات الأموال، في المقام الأول، على الاعتبار المالي، بقطع النظر عن أشخاص الشركاء. فالعبرة فيها ليس بشخصية الشريك وما تنطوي عليه من صفات، بل ما يقدمه هذا الشريك في رأس مالها. فائتمان هذه الشركات لا يتوقف على أشخاص الشركاء فيها أو على ما يتمتعون به من ثقة لدى الغير المتعامل مع الشركة، بل يعتمد – وبصفة جوهرية – على رأس مالها وما تكونه في أثناء حياتها من تراكمات مالية[١].

وانعكاساً لهذا الطابع المالي، أصبحت الأوراق المالية التي تصدرها شركات الأموال، قابلة للتداول، فلا يجوز حرمان حامل الورقة المالية من حق التنازل عنها في أي وقت. وقد قنن المشرع تلك القاعدة صراحةً في قانون الشركات[٢].

ولا ينصرف معنى التداول إلى حق مالك الورقة في التنازل عنها، فحسب، بل ينصرف أيضاً إلى حقه في اتباع الطرق التجارية عند التنازل وتفادي الإجراءات المنصوص عليها في القانون المدني، لذا يعرف الفقه عملية التداول بأنها "صفة تلحق ببعض السندات الممثلة لحق تسمح بنقله في مواجهة الغير دون اتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون المدني"[٣]. وقد كانت الطرق التجارية تتمثل فيما سبق في القيد في سجلات الشركة للأوراق الاسمية،

---

(١) أستاذنا الدكتور/ محمد فريد العريني، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤، ص ١٣٨.

(٢) المادة الثانية من القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٨١ والمادة ١٣٩ من اللائحة التنفيذية للقانون بالنسبة للأسهم. والمادة ٤٩ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ والمادة ١٥٩ من اللائحة التنفيذية للقانون بالنسبة للسندات.
وقد نظم قانون سوق المال ولائحته التنفيذية عمليات تداول الأوراق المالية بأحكام تفصيلية.

(٣) **Lassalas (ch.), L'inscription en compte des valeurs: La notion de propriété scripturale, L. G. D. J., p. 258.**

والتظهير للأوراق لأمر، والتسليم للأوراق لحاملها. ثم تطورت هذه الطرق مع ظهور التقنيات الحديثة والاتجاه نحو التجريد، على ما سيبين لاحقاً.

ولا يترتب على التداول أى ضرر يلحق برأس مال الشركة، بل إن خاصية التداول هى العامل الرئيسى فى ازدهار هذا النوع من الشركات، فهى تتيح الفرصة لجمهور المستثمرين للدخول إلى الشركة بحرية والخروج بسهولة ويسر كلما أحوجتهم ظروفهم إلى ذلك، أو بدت لهم بوادر نظرة استثمارية أخرى ذات عائد أفضل، كما أصبحت الورقة المالية بفضل خاصية التداول سلعة تباع وتشترى فى سوق منظمة (البورصة) فى ظروف تتسم بالسرعة والأمان كان من شأنها أن تخلب عقول المدخرين وتجذبهم إليها[1].

٢ـ مساوئ النظام التقليدى لتداول الأوراق المالية ذات الدعامات المحسوسة:

تتجسد الورقة المالية موضوع التداول فى شهادة تستخرج من دفاتر ذات قسائم، وتعطى أرقاماً مسلسلة ويوقع عليها عضوان من أعضاء مجلس الإدارة يعينهما المجلس، وتختم بخاتم الشركة. ويجب أن تتضمن شهادة الورقة المالية البيانات التى حددها القانون ولائحته التنفيذية، ومن بينها اسم مالكها. ويكون للورقة المالية كوبونات ذات أرقام مسلسلة يبين فيها رقم الورقة[2]. أما الورقة لحاملها، فلا يذكر فيها اسم مالكها، ويعتبر حاملها مالكاً لها. بمعنى أن الحق الثابت فى الورقة المالية يندمج فى الصك نفسه، فتصبح حيازته دليلاً على الملكية؛ ولهذا السبب تُعد الورقة لحاملها من قبيل المنقولات المادية التى يسرى فى شأنها قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز[3].

---

(١) د. يعقوب يوسف صرخوة، الأسهم وتداولها فى الشركات المساهمة فى القانون الكويتى، رسالة من القاهرة، ١٩٨٢، ص ٢١٥.

(٢) المادة ٥ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال بالنسبة للأسهم، والمادة ٣٨ بالنسبة للسندات وصكوك التمويل.

(٣) د. سميحة القليوبى، الشركات التجارية، الجزء الثانى، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ٢٦٩؛ د. محمد فريد العرينى، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤، ص ١٩٠. د. على سيد قاسم، قانون الأعمال، الجزء الثانى، الشركات التجارية، التنظيم القانونى للمشروع التجارى العام، ٢٠٠١، ص ٣٤٨.

ويتم تداول الأوراق المالية فى البورصة وفقاً للقواعد الآتية:

أ - عند تلقى شركة السمسرة[1] أوامر بيع وشراء الورقة المالية من العملاء، يتعين عليها تسجيلها فور ورودها إليها، ويتضمن التسجيل مضمون الأمر واسم مصدره وصفته وساعته وكيفية وروده إلى الشركة والثمن الذى يرغب العميل التعامل به[2]. ثم تقوم شركة السمسرة بعرض أوامر العملاء خلال المدة وبالشروط المحددة بأوامرهم، وإذا لم يحدد العميل أجلاً لتنفيذ الأمر، وجب على الشركة عرضه فى أول جلسة تالية لوروده. ويتم تنفيذ الأوامر بحسب تاريخ وساعة ورودها لشركة السمسرة كما يكون تنفيذ الأوامر التى تعطى لممثل شركة السمسرة فى أثناء التداول وفقاً لأولوية ورود تلك الأوامر[3]. وعند انعقاد عملية التداول، يتم تسليم وتسلم الأوراق المالية والمدفوعات النقدية، وتلتزم شركة السمسرة بإخطار البورصة والعميل بتنفيذها خلال يوم العمل التالى لعقد العملية[4].

ب- تقوم إدارة البورصة بقيد العمليات التى قامت شركات السمسرة بتنفيذها فى ذات يوم إخطارها بها. ويتضمن القيد اسم البائع واسم المشترى

---

(١) ويقرر أستاذنا الدكتور/ حسام الأهوانى أن التعامل فى الأوراق المالية يتم عن طريق عقد شكلى. وتتمثل الشكلية فى أمرين: الأول: هو ضرورة أن يتم تداول الأوراق المالية داخل البورصة، فتنص المادة ١٧ من قانون سوق رأس المال على أنه لا يجوز تداول الأوراق المالية المقيدة فى أية بورصة خارجها، وإلا وقع التداول باطلا. والثانى: هو أن يتم التعامل على يدى شخص معين، وهو السمسار، فتنص المادة ١٨ من قانون سوق المال على أن يكون التعامل في الأوراق المالية المقيدة بالبورصة بواسطة إحدى الشركات المرخص لها بذلك، وإلا وقع التعامل باطلا.
د. حسام الأهوانى، مسئولية شركات السمسرة فى الأوراق المالية تجاه عملائها فى ظل قانون سوق رأس المال، بحث مقدم إلى مؤتمر مسئولية المهنيين بجامعة الشارقة والمنعقد فى الفترة من ٣ إلى ٥ أبريل ٢٠٠٤، ص ١ وما بعدها.

(٢) المادة ٩١ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال.

(٣) المادة ٩١ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال.

(٤) المادة ٩٥ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال.

وبيانات كاملة عن الورقة المالية والسعر الذى تم تنفيذ العملية به، ويجوز إعطاء ذوى الشأن صورة من القيد، وفقاً للنظام المعمول به فى البورصة[1]، كما تقوم إدارة البورصة بقيد العمليات التى تخطر بها عن تداول الأوراق المالية غير المقيدة لديها[2].

جـ- تنتقل ملكية الأوراق المالية الاسمية المقيدة فى البورصة بإتمام قيد تداولها بالبورصة بالوسائل المعدة لذلك. وبالنسبة للأوراق المالية الاسمية غير المقيدة فيتم نقل ملكيتها بقيدها عقب إخطار إدارة البورصة بعمليات التداول الواردة عليها، ويُحرر لصاحب الشأن ما يفيد تمام انتقال الملكية. وبالنسبة للأوراق المالية لحاملها، فيتم نقل ملكيتها بانتقال حيازتها[3].

د- تقوم إدارة البورصة بإخطار الجهة مصدرة الورقة المالية بانتقال الملكية خلال ثلاثة أيام من تاريخ القيد. وعلى هذه الجهة إثبات نقل الملكية بسجلاتها خلال أسبوع من إخطارها بذلك[4]. وبانتقال ملكية الورقة

---

(١) المادة ٩٨ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال.

(٢) المادة ٩٩ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال.

(٣) المادة ١٠٠ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال.

(٤) المادة ١٠٠ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال.

وكانت المادة ١٢٠ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات تنص على أنه "يتم نقل ملكية الأوراق المالية التى تصدرها الشركة بطريق القيد فى سجلات الملكية التى تمسكها الشركة فى مقرها الرئيسى، وذلك بناء على إقرار يقدم إلى الشركة يتضمن اتفاق المتنازل والمتنازل إليه على التنازل عن الورقة، وموقعاً عليه من كل منهما أو من ينوب عنهما. وذلك بمراعاة الأحكام القانونية المقررة لتداول الأوراق المالية".

وفى ظل هذا النص استقر القضاء والفقه على أن الملكية تنتقل من المتنازل إلى المتنازل إليه بمجرد الاتفاق. أما القيد فى سجلات الشركة فهو إجراء لازم لسريان اتفاق التنازل فى مواجهة الشركة والغير، وليس لانتقال الملكية بين المتنازل والمتنازل له.

انظر: نقض ١٩٨١/٥/٤، فى الطعن رقم ٢٢٢٩ سنة ٤٧ق، مشار إليه فى قضاء النقض التجارى لأحمد حسنى، ٢٠٠٠، منشأة المعارف، ص ٥٠٤.

وفى الفقه د. محمد فريد العرينى، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص ١٩٩؛ على حسن يونس، الشركات التجارية الشركات ذات المسئولية المحدودة وشركات المساهمة والتوصية بالأسهم، ١٩٩٠، ص ٣٣٣؛ د. سميحة القليوبى، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص ٢٦٤.

المالية الاسمية إلى المالك الجديد، يتم تسليمه الدعامة المحسوسة لها، ويؤشر على الورقة المالية بما يفيد نقل الملكية باسم من انتقلت إليه[1].

ويتضح مما سبق أن الورقة المالية كانت تتجسد- وفقاً لقانون الشركات وقانون سوق المال- في شكل دعامة محسوسة يتم تداولها في صورتها المادية على النحو السالف عرضه، وهو نظام كان منتقداً من وجوه عدة: أولاً: أنه يؤدى إلى تكبد الجهات المصدرة نفقة باهظة ومشقة كبيرة لطباعة الورقة المالية والتوقيع عليها وتعديل بياناتها. ثانياً: أن الورقة المالية فى صورتها المادية كانت عرضة لخطر الضياع والتلف والتزوير، وهو ما يفضى إلى مشكلات عديدة عند تداولها فى بورصة الأوراق المالية. ثالثاً: أن الدعامات المحسوسة للأوراق المالية تحتاج إلى الكثير من الوقت والجهد؛ لحفظها وإدارتها وتسوية المعاملات الواردة عليها. رابعاً: أن الدعامات المحسوسة كانت تعوق الانتقال السريع والآمن للأوراق المالية إلى الملاك الجدد لها[2].

٢- الأهمية الاقتصادية لنظام الإيداع والقيد المركزى للأوراق المالية:

تفادياً للمساوئ السابقة، تبنى المشرع نظام الإيداع والقيد المركزى بالقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠، مقتدياً فى ذلك بالنظم المطبقة فى أسواق المال الأجنبية، خاصة النظام الفرنسى. ويقوم نظام الإيداع المركزى على مبادئ عديدة من بينها: تجريد الأوراق المالية من دعامتها المحسوسة وتحويلها إلى قيود فى الحساب، تنفيذ عقود التداول بين الوسطاء الماليين عن طرق عمليات المقاصة والتسوية، نقل ملكية الأوراق المالية بالتحويل بالطرق الالكترونية بين حسابات

---

(١) المادة ١٢٠/ ٣ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات.

(٢) انظر فى عيوب نظام الدعامات المحسوسة للأوراق المالية:

Ripert (G.) – Roblot (R.), Traité de droit commercial, tome 2, L.G.D.J., 1996, p. 20; Lassalas (ch.), L'inscription en compte des valeurs: La notion de propiété scripturale, op. cit., p. 63.

وانظر أيضاً دليل الأعضاء المشتركين فى نظام الحفظ المركزى الصادر عن شركة مصر للمقاصة والتسوية والحفظ المركزى، ص ٨.

العملاء لدى أمناء الحفظ عقب إتمام تسوية العمليات الواردة عليها، إحلال سجلات الأوراق المالية لدى شركة الإيداع المركزى محل سجلات ملكية الأوراق المالية لدى جهة الإصدار[1].

ويتيح نظام الإيداع والقيد المركزى- على هذا النحو- العديد من المزايا لحاملى الأوراق المالية والشركات المصدرة لها وشركات الوساطة المالية التى تتعامل عليها. وهو ما ينعكس إيجاباً – فى النهاية – على أسواق المال وعلى الاقتصاد الوطنى[2]، وذلك على النحو التالى:

٤ـ أ ـ بالنسبة لمالكى الأوراق المالية:

يؤدى النظام الجديد إلى تسهيل حصولهم على حقوقهم المالية فى مواجهة الجهة المصدرة وإتمام عمليات البيع والشراء بينهم فى وقت قصير وبأمان كامل، ودون الحاجة إلى إجراءات كثيرة.

٥ـ ب ـ بالنسبة للجهة المصدرة للورقة المالية:

يقدم النظام الجديد لها العديد من المزايا تتمثل فى الآتى: أولاً: توفير بيانات دقيقة عن مالكى الأوراق المالية. ثانياً: تنفيذ العمليات المقررة على الأوراق المالية، مثل توزيع الأرباح والمستحقات المالية والأسهم المجانية والعمليات المتعلقة بشكل الشركة، مثل الاندماج والانقسام، دون أى مشقة أو جهد أو نفقات مرتفعة. ثالثاً: توفير النفقات الباهظة التى تتكبدها الجهة المصدرة فى طباعة الدعامات المحسوسة للأوراق المالية. رابعاً: حماية الأوراق المالية للجهة المصدرة من خطر التزوير أو السرقة أو التلف أو الضياع. خامساً: تخفيف

---

(١) انظر فى نظام الإيداع والقيد المركزى مؤلفنا: تداول الأوراق المالية والقيد فى الحساب، دراسة قانونية مقارنة فى نظام الإيداع والقيد المركزى للأوراق المالية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤.

(٢) انظر فى مزايا نظام الإيداع والقيد المركزى للأوراق المالية:
Merle (Ph.), Droit Commercial, Sociétés commerciales, 5e édition, Dalloz, Delta, 1997, p. 263; Lassalas (ch.), op. cit., p. 62 et s.
وانظر دليل شركة مصر للمقاصة والتسوية ص ٩ وما بعدها.

الأعباء الملقاة على إدارة الجهة المصدرة، بقيد نقل ملكية الورقة المالية فى دفاترها ومتابعة العمليات المقررة عليها.

٦ - ج - بالنسبة لشركات الوساطة المالية:

يقدم النظام الجديد لها العديد من المزايا تتمثل فى الآتى: أولاً: إتمام التسويات المالية على الأوراق المالية فى مواعيد ثابتة وبأسلوب محدد سلفاً. ثانياً: تفادى المخاطر المترتبة على نقل الدعامات المحسوسة من مكان إلى آخر، بما فى ذلك تأخير عمليات التسليم والاستلام. ثالثاً: تفادى المخاطر المتعلقة بتعامل شركات الوساطة المالية مباشرة بعضها مع بعض، ومن بينها عدم تنفيذ الوسيط المقابل لالتزاماته. رابعاً: إضافة أنشطة جديدة للشركة العاملة فى مجال الأوراق المالية، وهى أنشطة الإيداع المركزى وأمناء الحفظ. خامساً: وجود نظام دقيق يعتمد على الحسابات الآلية، ويرفع من كفاية وقدرة الوسطاء الماليين على تقديم خدمات رفيعة المستوى لمالكى الأوراق المالية.

٧ - د - بالنسبة لأسواق المال وللاقتصاد الوطنى:

يؤدى النظام الجديد إلى سرعة دوران الورقة المالية وحصول حاملى الأوراق المالية على مستحقاتهم المالية فى المواعيد المحددة ودون مشقة أو عناء، وهو ما يؤدى إلى تشجيع المستثمرين على توظيف مدخراتهم فى أسواق المال. كما أنه يتيح معلومات دقيقة وأمينة عن الاستثمار فى أسواق المال.

٨ - موضوع البحث وتقسيم:

فرض المشرع فى القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ نظام الإيداع المركزى على جميع الأوراق المالية المقيدة فى إحدى بورصات الأوراق المالية وجميع الأوراق المالية التى تصدرها أى شركة، إذا طرحت أوراقاً مالية فى اكتتاب عام. ويتم إيداع هذه الأوراق لدى شركة، الإيداع المركزى عن طريق أحد أعضاء الإيداع.

وبإيداع هذه الأوراق لدى شركة الإيداع المركزى تتحول من شكلها المادى المحسوس إلى قيود حسابية، تنقل ملكيتها - تنفيذاً لعقود التداول فى البورصة - بالتحويل بين حسابات العملاء (Virement).

ونتيجة لهذا التحول الجوهرى فى شكل الورقة المالية، أوجب القانون على أى مستثمر يرغب فى إجراء عمليات التداول فى البورصة اختيار أحد أمناء الحفظ ليتولى حفظ وإدارة القيود الحسابية. فما دامت الأوراق المالية قد تحولت إلى حسابات، فمن الضرورى إسناد مهمة حفظ هذه الحسابات إلى وسيط مالى مرخص له بذلك؛ تأميناً لسلامة وصحة القيود التى تجرى فى هذه الحسابات. لذا رصد المشرع فى القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ القواعد المنظمة لنشاط أمناء الحفظ.

ويقصد بنشاط أمناء الحفظ، وفقاً للمادة ٣٠ من القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ "كل نشاط يتناول حفظ الأوراق المالية والتعامل عليها وإدارتها باسم ولصالح المالك أو باسم المالك المسجل لصالح المسجل لصالح المالك المستفيد، وذلك كله تنفيذاً لتعليمات العميل وفى حدودها". ويلقى القانون على عاتق أمناء الحفظ مجموعة من الالتزامات بصفتهم وسطاء ماليين، تضاف - بالطبع - إلى التزاماتهم العقدية فى مواجهة العملاء.

وفى ضوء الشكل الجديد للورقة المالية بوصفها قيداً حسابياً والواجبات الملقاة على عاتق أمناء الحفظ، اختلفت الآراء وتعددت حول بيان الطبيعة القانونية لاتفاق الحفظ وعن مدى صلاحية عقد الوديعة العادية؛ لاستيعاب فكرة الحفظ القانونى للقيود الحسابية؛ لذا فإن إلقاء الضوء على مفهوم حفظ القيود الحسابية يتطلب منا النظر فى مسألتين جوهريتين: تتعلق الأولى بالالتزامات الملقاة على عاتق أمين الحفظ، وتتصل الثانية بالطبيعة القانونية لاتفاق الحفظ.

الباب الأول: أمين الحفظ بين الالتزامات المهنية والالتزامات العقدية.

الباب الثانى: اتفاق الحفظ بين عقد الوديعة العادية ونظام الإيداع المركزى.

الباب الأول
أمين الحفظ بين الالتزامات المهنية والالتزامات العقدية

٩ ـ نشاط مهنى ورابطة عقدية:

يعبر حفظ القيود الحسابية عن مفهومين مختلفين: فهو من ناحية نشاط مهنى، لا يجوز مباشرته إلا للشركات التى يتوفر فيها الشروط المتطلبة قانوناً، وبعد الحصول على ترخيص بمباشرة النشاط من الجهات التى يحددها القانون. ويضع المشرع على عاتق أمناء الحفظ العديد من الالتزامات التى يتعين احترامها أثناء مباشرتهم للنشاط. ومن ناحية أخرى: فإن أمين الحفظ يرتبط مع عميله بعلاقة تعاقدية، تحدد حقوق والتزامات كل منهما.

وعلى هذا، فإن الوقوف على النظام القانونى لحفظ الأوراق المالية، بعد الغاء الدعامات المحسوسة لهذه الأوراق يقتضى منا التعرض لالتزامات أمين الحفظ باعتباره وسيطاً مالياً يباشر نشاطاً مهنياً، من ناحية (المطلب الأول)، ولالتزامات أمين الحفظ بوصفه طرفاً فى علاقة تعاقدية، من ناحية أخرى (المطلب الثانى).

الفصل الأول

الالتزامات المهنية لأمين الحفظ

١٠ ـ أولاً: عدم مباشرة نشاط أمناء الحفظ إلا بترخيص:

يختلف القانون الفرنسى عن القانون المصرى فى تحديد صفة أمناء الحفظ المنوط بهم إمساك حسابات الأوراق المالية. وسنبين حدود الاختلاف بينهما فيما يلى:

١١ ـ أ ـ القانون الفرنسى:

يفرق القانون الفرنسى بين حسابات الأوراق المالية الاسمية وحسابات الأوراق المالية لحاملها:

١٢ ـ ١ ـ حسابات الأوراق المالية الاسمية:

يكون قيد الأوراق المالية الاسمية لدى الجهة المصدرة فى حساب تفتحه فى دفاترها وتمسكه بنفسها[١]. أو لدى وكيل معين من قبلها مرخص له بمباشرة هذا النشاط[٢].

ويجوز لمالك الأوراق المالية أن يدير حسابه بنفسه، وتسمى الأوراق المالية فى هذه الحالة بالأوراق الاسمية الخالصة (**Titres nominatifs purs**)، أو أن يعهد بهذه الإدارة إلى أحد الوسطاء الماليين المرخص لهم بذلك والمنضمين إلى شركة السيكوفام (**Sicovam**)، بمقتضى عقد مكتوب يحدد التزامات الطرفين. ويطلق على الأوراق المالية، عندئذ، الأوراق الاسمية المدارة (**Titres nominatifs administrés**).

ولا يجوز لمالكى الأوراق المالية تداولها فى البورصة إلا بعد قيدها فى حساب إدارة، لدى أحد الوسطاء الماليين المرخص لهم بذلك.

---

(١) **D. 83 – 358 du 2 mai 1983, art. 1er, al. 2.**

(٢) **Roblot (G.)- Ripert (R.), op. cit., p. 35.**

وعند بداية تطبيق نظام إلغاء الدعامات المحسوسة للأوراق المالية، أوجبت المادة ١٠ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١١٦٠/ ٨١ على الجهات المصدرة للأوراق المالية أن تغلق سجلات الملكية وأن تقيد تلقائياً فى حسابات الأوراق الاسمية المثبتة فى هذه السجلات. فإذا كانت الأوراق الاسمية مودعة لدى الجهة المصدرة، فيفترض عندئذ أن أصحابها اختاروا أن تقيد فى حسابات أوراق سمية خالصة، أما إذا كانت الأوراق مودعة لدى وسيط مالى، فيفترض أن أصحابها اختاروا أن تقيد فى حسابات أوراق اسمية مدارة. وإذا ظلت الأوراق فى حيازة أصحابها دون إيداعها لدى الجهة المصدرة أو وسيط مالى، فيتعين عليهم اختيار طريقة الإدارة التى يفضلونها، وإلا افترض اختيارهم لنظام الأوراق الاسمية الخاصة.

ويتضح مما سبق، أن فتح حساب الأوراق الاسمية وحفظه يكون لدى الجهة المصدرة للأوراق المالية، أما إدارته فتختلف، وفقاً لاختيار مالك الأوراق، فإما أن يباشر حقوقه لدى الجهة المصدرة بذاته، أو أن يعهد بذلك إلى أحد الوسطاء الماليين بذلك. ويفرض القانون على مالك الأوراق الاسمية قيدها فى حساب إدارة، حتى يمكن تداولها فى البورصة. ورغم إسناد إدارة الحساب إلى أحد الوسطاء الماليين، فإن القيد فى الحساب يبقى مركزياً لدى الجهة المصدرة.

١٣ـ ٢ـ حسابات الأوراق المالية لحاملها:

أما بالنسبة للأوراق المالية لحاملها، والتى تكون موضوعاً لعمليات السيكوفام، فإنه يتعين قيدها لدى أحد الوسطاء الماليين المرخص لهم بذلك. ويمسك الوسيط المالى حساباً جماعياً لكل نوع من هذه الأوراق المقيدة فى حسابه. ويلتزم الوسيط المالى بعدم الإفصاح عن شخصية المالك[١] .

---

(١) Delleci (J.M.) – Peltier (F.), Compte de dépôt, juris – classeur, Banque et crédit, Fasc. 2115, 1998, n° 21.

١٤ـ ب ـ القانون المصرى:

لا يجيز القانون المصرى أن تكون الجهة المصدرة هى المنوط بها إمساك حساب الأوراق المالية، ولا يميز بين الأوراق الاسمية الخالصة أو المدارة، أو بين الأوراق الاسمية أو الأوراق لحاملها. ويقصر القانون المصرى مباشرة نشاط أمناء الحفظ على الجهات الآتية:

١- البنوك وفروع البنوك الأجنبية المسجلة لدى البنك المركزى المصرى، وفقاً للشروط التى يضعها مجلس إدارة هيئة سوق المال، وبعد موافقة البنك المركزى المصرى.

٢- الشركات العاملة فى مجال الأوراق المالية والشركات المرخص لها بمزاولة نشاط المالك المسجل، على ألا يقل صافى حقوق المساهمين فيها عن عشرة ملايين جنيه، بما فيها شركات السمسرة التى تعمل بنظام شراء الأوراق المالية بالهامش، على ألا يقل صافى رأس مالها عن مليون جنيه[١].

ولا يجوز مباشرة نشاط أمناء الحفظ إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الهيئة العامة لسوق المال، بعد التيقن من توافر الشروط المتطلبة قانوناً[٢].

---

(١) المادة ٦ من القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠، المادة ٤٦ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠.

وانظر د. عاشور عبد الجواد، دور البنك فى خدمة الأوراق المالية، دراسة مقارنة فى القانونين المصرى والفرنسى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ١٦٣.

(٢) المادة ٤٦ مكرر من اللائحة التنفيذية لقانون الإيداع والقيد المركزى والمضافة بقرار وزير التجارة الخارجية رقم ٥٥٤ لسنة ٢٠٠٢ وقد تم إلغاء الفقرة الأولى منها بقرار وزير الاستثمار رقم ١٩٣ لسنة ٢٠٠٥ المنشور بالوقائع المصرية العدد ١٤٥ فى ٢٠٠٥/٦/٢٩، ويتم الترخيص بالشروط الآتية:

١- ألا يكون تقرير مراقب حسابات الشركة للعام السابق على طلب الترخيص مقترناً بتحفظات تؤثر بصورة جوهرية على مركزه المالى.

٢- أن يتم مزاولة نشاط أمين الحفظ من خلال إدارة مستقلة تتبع مباشرة أحد أفراد الإدارة العليا للشركة على ألا يقل عدد العاملين المتفرغين بها عن أربعة أفراد، وأن يخصص لها مكان مناسب فى المقر الرئيسى للشركة. =

ويصدر بالترخيص قرار من رئيس هيئة سوق المال خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ تقديم الأوراق مستوفاة إلى الهيئة. ويتعين إخطار أصحاب الشأن بقرار الهيئة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره. فإذا كان القرار

=٣- أن يكون لنشاط أمناء الحفظ حسابات مستقلة وأن يقوم مراقب الحسابات بمراجعتها على استقلال وإعداد تقرير عنها يقدم إلى الهيئة كل ثلاثة أشهر على الأقل.

٤- أن يتوافر لدى إدارة أمناء الحفظ برامج الحاسب الآلى وفقاً للشروط والمواصفات التى تحددها شركة الإيداع والقيد المركزى وخط للربط بين نظام المعلومات لدى الإدارة والشركة.

٥- أن يتوافر لدى إدارة أمناء الحفظ نظام مكتوب للعمل الداخلى وللدورة المستندية مع تحديد اختصاص كل فرد بالإدارة، وعلى الأخص المسئول أو المسئولين عن تلقى طلبات وتعليمات العملاء وتسجيلها وتنفيذها وحفظها.

٦- أن يتوافر لدى أمناء الحفظ نظام لتخزين واسترجاع تعليمات العملاء وبيانات وسجلات النشاط لمدة لا تقل عن خمس سنوات.

٧- أن يكون العاملون بإدارة الحفظ ممن يتوافر فيهم السمعة الحسنة وألا يكون قد سبق الحكم على أى منهم فى الجرائم المنصوص عليها فى المادة (٤٧) من اللائحة التنفيذية لقانون الإيداع والقيد المركزى للأوراق المالية المشار إليه ما لم يكن قد رد إليه اعتباره.

٨- أن يجتاز العاملون بإدارة أمناء الحفظ الدورة التدريبية التى تنظمها شركة الإيداع والقيد المركزى أو أية دورة تدريبية أخرى مماثلة توافق عليها الهيئة.

٩- تقديم ما يفيد التقدم لعضوية الإيداع المركزى على أن يتم اكتساب العضوية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الترخيص.

١٠- إيداع مبلغ نقدى إلى الهيئة يستخدم لمواجهة أى ضرر ينشأ عن مخالفة أى من أحكام قانون الإيداع والقيد المركزى للأوراق المالية المشار إليه أو لائحته التنفيذية أو القرارات الصادرة تنفيذاً لهما.

ويحدد ذلك المبلغ بنسبة ١/٢ فى الألف من قيمة الأوراق المالية التى يطلب الترخيص بحفظها بما لا يقل عن عشرة آلاف جنيه مصرى، وبحد أقصى خمسمائة ألف جنيه مصرى على أن تزاد في أول كل عام ميلادى إذا زادت القيمة السوقية لتلك الأوراق.

وللهيئة أن تطلب من أمين الحفظ استكمال ما تم خصمه من مبلغ التأمين أو زيادته وفقا لأحكام هذا القرار.

وتدير الهيئة نظاماً لحفظ المبالغ المذكورة وتضع قواعد وإجراءات الخصم منها وزيادتها وتؤول الفوائد من إيداعها إلى الهيئة.

١١- التأمين ضد المسئولية عن الخسائر والأضرار غير التجارية والمسئولية المهنية وضد مخاطر فقد أو تلف أو سرقة وثائق العملاء أو أموالهم بوسيلة تأمين توافق عليها الهيئة.

١٢- أسلوب تسوية المنازعات التى تنشأ بين الأطراف.

بالرفض، فإنه يجب أن يكون مسبباً. ويجوز لصاحب الشأن التظلم من قرار الهيئة، أمام لجنة التظلمات المنصوص عليها فى المادتين ٥٠و ٥١ من قانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢[١].

١٥ـ ثانياً: عدم جواز حفظ القيود الحسابية إلا بمقتضى اتفاق مكتوب:

يلتزم أمين الحفظ أن يبرم اتفاقاً مكتوباً مع عملائه، يراعى فيه القواعد التى تضعها الهيئة بصدد إبرام القيود مع العملاء، على أن يتضمن ما يلى:

١- التزام أمين الحفظ بحفظ وإمساك حسابات الأوراق المالية وإدارتها باسم ولصالح مالكها ووفقاً لتعليماته وفى حدودها.

٢- التزام أمين الحفظ ببذل أقصى درجات عناية الرجل الحريص فى تنفيذ أوامر العميل.

٣- تحديد عمولة أمين الحفظ عن الخدمات التى يؤديها.

٤- أسلوب تسوية المنازعات التى تنشأ بين الطرفين[٢].

ويتعين على أمين الحفظ أن يخطر هيئة سوق المال بنموذج الاتفاق الذى يبرمه مع عملائه، ويحق للهيئة أن تبدى ما تراه من ملاحظات على هذا النموذج خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطارها به[٣].

١٦ـ ثالثاً: إمساك سجلات العملاء:

يمسك أمين الحفظ سجلاً لكل عميل يتضمن ما يلى:

١- اسم ومهنة العميل ومحل إقامته وشكله القانونى وجنسيته.

٢- بيان ما إذا كان العميل يتعامل باسمه ولصالحه أو باعتباره مالكاً مسجلاً يتعامل لصالح ملاك مستفيدين.

٣- العنوان الذى يتم مراسلة العميل عليه.

---

(١) المادة ٤٨ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠.

(٢) المادة ٣٢ من القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠، والمادة ٤٩ من اللائحة التنفيذية للقانون.

(٣) المادة ٤٩ من اللائحة التنفيذية للقانون.

٤ - أسماء وصفة من لهم حق التوقيع عن العميل أو تمثيله لدى أمين الحفظ[١].

١٧ـ رابعاً: ازدواجية الصفة المهنية لأمين الحفظ وأثرها على الالتزامات:

تتنوع الالتزامات التى تقع على عاتق أمين الحفظ تبعاً لصفته المهنية: أمين حفظ من ناحية وعضو إيداع من ناحية أخرى، على النحو التالى:

١٨ ـ أ ـ أمين الحفظ بصفته وسيطاً مالياً:

يعد نشاط أمناء الحفظ أحد النشاطات المستحدثة فى مجال الأوراق المالية، لذا يخضع أمناء الحفظ فى هذا الصدد للقواعد التى تنظم الشركات العاملة فى مجال الأوراق المالية، فى قانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ ولائحته التنفيذية، وقرارات هيئة سوق المال، فضلاً عن القواعد التى تنظم نشاط أمناء الحفظ فى القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ ولائحته التنفيذية، وما تضعه هيئة سوق المال من قواعد ونظم لحفظ الأوراق المالية وإدارتها.

وإذا خالف أمين الحفظ الأحكام السابقة أو فقد شرطاً من شروط الترخيص، فإنه يتعين إنذاره بإزالة المخالفة أو استكمال شروط الترخيص خلال المدة وبالشروط التى يحددها رئيس الهيئة. فإذا مضت المدة، دون تنفيذ ما جاء فى الإنذار، فإنه يتعرض لجزاء الوقف. ويصدر بالوقف قرار مسبب من رئيس الهيئة لمدة لا تجاوز ثلاثين يوماً، ويحدد القرار ما يتخذ من إجراءات خلال مدة الوقف، وتخطر به الجهة صاحبة الشأن خلال أسبوع من صدوره، ويتم على نفقتها الإعلان عن ذلك بالوسيلة المناسبة[٢].

---

(١) المادة ٥٠ من اللائحة التنفيذية للقانون.

(٢) المادة ٦٩ من اللائحة التنفيذية للقانون.

وتنص المادة ٤٦ مكرر من اللائحة التنفيذية لقانون الإيداع والقيد المركزي على أنه "فى جميع الأحوال يكون للهيئة أن تتحقق فى كل وقت من استمرار توافر شروط الترخيص، ويجوز لها فى حالة المخالفة وقف الترخيص أو إلغائه أو زيادة المبلغ الذى يسدد للهيئة، طبقاً لحكم المادة ١٢ من هذه المادة أو اتخاذ أى من التدابير المقررة قانوناً".

فإذا انتهت هذه المدة دون إزالة الأسباب التى تم الوقف من أجلها تعين عرض الأمر على مجلس إدارة الهيئة للنظر فى إلغاء الترخيص أو القيد بحسب الأحوال. ويتعين إخطار البنك المركزى المصرى إذا كانت الجهة التى تم وقف نشاطها بنكاً أو فرعاً لبنك أجنبى[1].

١٩ـ ب ـ أمين الحفظ بصفته عضو إيداع: إحالة:

فضلاً عن الالتزامات السابقة، يلتزم أمين الحفظ، بصفته عضو إيداع، باحترام وتنفيذ قواعد ونظم إجراءات الإيداع والحفظ المركزى الواردة فى القانون ولائحته التنفيذية، وتلك التى تضعها هيئة سوق المال وشركة الإيداع المركزى تطبيقاً للقانون واللائحة. ويخضع أمين الحفظ، بصفته عضو إيداع، للأحكام السابق ذكرها عند معالجة النظام القانونى لأعضاء الإيداع.

(١) المادة ٦٩ من اللائحة التنفيذية للقانون.

الفصل الثانى

الالتزامات العقدية لأمين الحفظ

٢٠ـ أولاً: الالتزام بإمساك حسابات العملاء:

يتمثل الالتزام الأساسى لأمين الحفظ في إمساك حساب العميل الذى يعكس حركة التعاملات التى تجرى على ما يمتلكه هذا العميل من أوراق مالية. ويعتمد نظام تأمين وحماية حقوق المستثمرين في البورصة على صحة الحسابات المفتوحة لدى أمناء الحفظ ؛ لذا يفرض القانون مجموعة من الالتزامات التى تكفل تحقيق ذلك تتعلق بإمساك حساب الأوراق المالية والحساب النقدى للعميل، وذلك على النحو التالى:

٢١ ـ أ- إمساك حساب الأوراق المالية:

يقتضى إمساك الحساب وفاء أمين الحفظ بالعديد من الواجبات نحددها فيما يلى:

٢٢ ـ ١ـ تحديد عناصر الحساب وتحديد شخصية صاحبه:

يجب أن يشير الحساب المفتوح لدى أمين الحفظ إلى عناصر تحديد شخصية مالك الأوراق المالية وأهليته وعدد الأوراق ونوعها والقيود الواردة عليها[١]. ويسلم أمين الحفظ إلى عميله الوثيقة المثبتة للمعلومات المتعلقة بالأوراق المقيدة فى حسابه[٢].

٢٣ ـ ٢ـ مراجعة صحة الحساب مع شركة السمسرة قبل تنفيذ أوامر العميل:

يفرض نظام الإيداع المركزى على شركة السمسرة قبل تنفيذ أوامر البيع والشراء الصادرة إليها من عملائها التيقن من كود العميل فى البورصة ووجود حساب أوراق مالية خاص به لدى أمين الحفظ صالح لإجراء التصرفات القانونية

---

(١) Delleci (J. M.) – Peltier (F.), op. cit., n° 64 et s.

(٢) تنص المادة ٢ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ على أنه "وعلى الشركة إصدار بيان للعضو المودع بما تم إيداعه ... وعلى العضو تسليم العميل بيانا برصيده".

عليه. وتتولى شركة السمسرة مراجعة صحة الحساب مع أمين الحفظ الذى يتولى إدارة وحفظ حساب الأوراق المالية للعميل[1].

٢٤ـ تسجيل أوامر البيع والشراء ومتابعة تنفيذها:

يلتزم أمين حفظ حساب العميل المشترى بمطابقة بيانات العميل الواردة فى أمر الشراء الصادر إلى شركة السمسرة مع البيانات المسجلة لديه[2]. وبعد التأكد من صحة البيانات، يقوم أمين الحفظ بتسجيل أمر الشراء على نظام حسابات الأوراق المالية لديه[3]. وعقب انعقاد صفقة الشراء، يقوم بمطابقة بيانات عمليات الشراء المتعلقة به وتخصيصها مع أوامر العملاء المشترين المسجلة لديه، وإرسال موافقته آلياً على استلام كمية الأوراق المشتراة لإضافتها فى حساب العميل المشترى لديه[4].

وإذا تعلقت العملية بصفقة بيع، فيلتزم أمين الحفظ، فضلاً عما سبق، بحجز الأوراق المالية موضع الصفقة أو الرد على شركة السمسرة بعدم وجود الرصيد أو عدم كفايته لتنفيذ البيع[5]. ويظل حجز الأوراق المالية موضوع صفقة البيع سارياً للمدة المحددة لصلاحية أمر البيع الصادر من العميل، فإذا لم يحدد أمر البيع مدة معينة، تبقى الكمية محجوزة للمدة التى تحدد بقواعد العمل بنظام الإيداع المركزى[6]. وعقب تنفيذ صفقة البيع، يقوم أمين الحفظ بمطابقة بيانات عمليات البيع المتعلقة به وتخصيصها مع أوامر العملاء البائعين المسجلة لديه وإرسال أوامر تحويل لشركة الإيداع المركزى بالأوراق المالية محل العمليات التى

---

(١) راجع ملحق اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠، خاصة المواد ١٢، ١٣، ١٤، ١٩، ٢٥، ٢٦، ٢٧، ٣٣.

(٢) المادة ١٣ من ملحق اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠.

(٣) المادة ١٤ من ملحق اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠.

(٤) المادة ١٩ من ملحق اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠.

(٥) المادة ٢٦ من ملحق اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠.

(٦) المادة ٢٧ من ملحق اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠.

أصدر لها موافقة وقام بحجزها لصالح شركة السمسرة، وذلك فى الموعد المحدد فى نظام الإيداع المركزى[1].

٢٥- ٤- الأسهم لحاملها المقيدة فى الحساب:

وفى حالة التعامل على أسهم لحاملها تم قيدها فى الحساب، فإن الاتفاق المبرم بين العميل والوسيط المالى المضطلع بإمساك الحساب يكون مقترناً بتوكيل العميل فى تنفيذ أوامر البورصة الصادرة إليه، على أساس أن شخصية العميل فى الأسهم لحاملها لا تكون معلومة للوسطاء الماليين، عدا ماسك الحساب بالطبع[2].

٢٦- ب- إمساك الحساب النقدى للعميل:

بالإضافة إلى إمساك حساب الأوراق المالية للعميل الذى يقيد فيه حركة التعاملات على هذه الأوراق، يلتزم أمين الحفظ بإمساك حساب نقدى للعميل يخصص لإضافة وخصم المدفوعات النقدية الناتجة عن التعامل فى الأوراق المالية وإدارة هذا الحساب[3].

٢٧- ثانياً: تحريك قيود الحساب:

يلتزم أمين الحفظ بتعديل قيود الحساب بالخصم والإضافة، وفقاً لتعليمات العميل وأوامره بالبيع أو الشراء، بحيث تعكس تلك القيود ما يملكه العميل من الأوراق المالية. ويقوم بيان الرصيد مقام الأوراق المالية المقيدة فى الحساب فى جميع التعاملات بما فى ذلك حضور الجمعيات العامة وصرف الأرباح والرهن وغير ذلك من الحقوق.

ويجب أن تكون حسابات العميل لدى أمين الحفظ متطابقة مع الحسابات المفتوحة لأمين الحفظ لدى شركة الإيداع المركزى. وتقوم شركة الإيداع بتصحيح

---

(١) المادة ٣٣ من ملحق اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠.

(٢) Delleci (J.-M.) – Peltier (F.), op. cit., n° 81.

(٣) د. عاشور عبد الجواد، دور البنك فى خدمة الأوراق المالية، دراسة مقارنة فى القانونين المصرى والفرنسى، المرجع السابق، ص ١٩٤.

وبتعديل أي بيانات غير صحيحة في سجلاتها من تلقاء نفسها أو بناء على طلب هيئة سوق المال أو كل ذى مصلحة ومن بينهم أمناء الحفظ. ويجوز لأمين الحفظ التظلم لدى هيئة سوق المال مما تجريه شركة الإيداع من تصحيح أو تعديل. وتعطى اللائحة التنفيذية عند اختلاف قيود الحساب بين شركة الإيداع وأمين الحفظ الحجية للبيانات الثابتة فى سجلات شركة الإيداع[1].

٢٨ ـ ثالثاً: الالتزام بالحفظ:

يأخذ حفظ القيود الحسابية مفهوماً خاصاً فى الاتفاق الذى يربط العميل بأمين الحفظ. ولا يختلط هذا الحفظ بإدارة محفظة الأوراق المالية. وهذا ما سنوضحه فى البنود التالية:

٢٩ـ أـ مفهوم الحفظ:

ينصرف هذا الالتزام إلى الحفظ المادى للقيود الحسابية والحفظ القانونى لما تمثله هذه القيود من حقوق للعميل؛ ولذلك يلتزم أمين الحفظ باتخاذ جميع الإجراءات والتدابير التى تكفل حماية حقوق العميل[2].

وإعمالاً للالتزام بالحفظ، يتعين على الأمين عدم استعمال الحقوق الناشئة عن الأوراق المالية للعملاء إلا بإذن خاص منهم. وتكرس النصوص القانونية هذا الواجب، فبموجب المادة ٦٣ / ١ من القانون الفرنسى لتطوير النشاطات المالية الصادر فى عام ١٩٩٦ يتعين على مؤدى خدمة الاستثمار أن يحمى حقوق الملكية للمستثمرين على الأوراق المالية التى يضطلع بإمساك حساباتها. وتقضى المادة ٣٠ من قانون الإيداع والقيد المركزى بأن نشاط أمين الحفظ يتناول حفظ الأوراق المالية والتعامل عليها وإدارتها باسم ولصالح المالك. كما تنص المادة ٣١ من القانون نفسه على التزام أمين الحفظ بالفصل بين الأوراق

---

(١) المادة ٨ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠.

(٢) Vauplane (H.de)- Bornet (J.-P.), Droit des marchés financiers, Litec, 1998, p. 829, n°979.

المالية والحسابات الخاصة به وبين ما يخص كلاً من عملائه، مع إمساك سجلات بذلك.

وإذا كان الالتزام بالحفظ فى عقد وديعة الصكوك يقتضى قيام البنك المودع عنده برد الصكوك عيناً ، فإن الالتزام بالرد كأثر للحفظ لا وجود له فى عقد إمساك حساب الأوراق المالية. فالأوراق المالية لا تأخذ شكلها القانونى إلا بقيدها حسابياً. ويرد التعامل على تلك القيود الممثلة لحق العميل، سواء أكان برهنها أم بيعها أم التصرف فيها بأى شكل. أما استرداد الورقة المالية وقيام العميل بإدارتها بنفسه، فهذا من ظلال الماضى الذى انقضى بصدور قانون الإيداع والقيد المركزى[1]. ويرى البعض[2] أن التزام ماسك الحساب بنقل أوراق العميل المالية من حسابه إلى حساب آخر يقابل الالتزام القديم الواقع على عاتق المودع عنده الصكوك بردها عيناً متى طلبها المودع.

وتنص المادة ٣١ من قانون الإيداع والقيد المركزى على التزام أمناء الحفظ بما يأتى: "١- .... ٢- إضافة وخصم المدفوعات الناتجة عن التعامل على الأوراق المالية وإدارتها فى الحساب الخاص بكل عميل. ٣- رد الأوراق المالية للعميل وما له من مبالغ نقدية وذلك بناء على طلبه". ونعتقد أن المشرع لم يكن موفقاً فى استخدام عبارة " رد الأوراق المالية للعميل بناء على طلبه"، إلا إذا كان يقصد قيام العميل بنقل حسابه من أمين الحفظ لأمين حفظ آخر، أو قيامه بتحويل جزء من رصيده من الأوراق المالية إلى عميل آخر ، بناء على صفقة البيع المنفذة فى البورصة ؛ فلا يمكن – فى نظرنا – أن ينصرف مفهوم رد الورقة بناء على طلب العميل إلا لعمليات الحفظ الواردة على الأوراق المالية المادية.

---

(١) عكس ذلك: د. عاشور عبد الجواد، المرجع السابق، ص ١٨٦.

(٢) Vauplane (H.de) – Bornet (J.-P.), op. cit., p. 832, n° 982.

ويرى البعض[1] أن الوسيط المالى ليس له حق حبس الأوراق المالية ضماناً لاستيفاء حقه من عمولة ومصاريف متعلقة بعمليات الحفظ، إذ إنه بإلغاء مادية الأوراق المالية (Dématérialisation) لم تعد هذه الأوراق منقولات مادية يمكن أن يرد عليها حق الحبس، وفقاً لقواعد القانون المدنى. فى حين يذهب البعض الآخر[2] إلى القول بأن المادة ٢٩ من القانون الفرنسى الصادر فى ٣ يناير ١٩٨٣ أجازت رهن الأوراق المالية فى شكلها الجديد قيوداً حسابية، ومن ثم يجوز أن تكون محلاً لحق الحبس.

٣٠ ـ بـ حفظ الحسابات وإدارة محافظ الأوراق المالية:

يرى البعض[3] أن إدارة الأوراق المالية والتى تندرج فى إطار نشاط أمين الحفظ بمقتضى المادة ٣٠ من القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ تنصرف إلى إدارة محافظ الأوراق المالية، ثم رتب على ذلك نتيجة خطيرة، وهى قصر نشاط تكوين وإدارة محافظ الأوراق المالية، المنظم بأحكام القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ ولائحته التنفيذية، على أمناء الحفظ الذين ورد النص عليهم فى القانون رقم ٩٣

---

(١) Paulsen (J.-F.), Le contrat de gestion de portefeuille, thèse, Paris 5, 1995, P. 581.

(٢) Vauplane (H.de)- Bornet (J.-P.), op. cit., p. 832, n° 982.

(٣) د. عاشور عبد الجواد، المرجع السابق، ص ١٩٦، ١٩٧.
ويرى زميلنا الفاضل أن "حكم المادة ٤٦ من اللائحة (الذى يقصر نشاط إدارة محافظ الأوراق المالية على أمناء الحفظ، ويستبعد الشركات العاملة فى مجال الأوراق المالية على النحو السابق) ينطوى على قدر كبير من عدم الملاءمة لأنه من ناحية يفصل بين أنشطة متشابهة ومرتبطة موضوعياً، ويحدث من ناحية أخرى تعارضاً بين أحكام كل من قانونى سوق رأس المال والإيداع المركزى، وقد استشعر المشرع ذلك، فعدل المادة ٤٦ من اللائحة التنفيذية لقانون الإيداع المركزى واستبعد الشاقام (يقصد شركة الإيداع المركزى) من الجهات التى يجوز الترخيص لها بمزاولة نشاط أمناء الحفظ، وأضاف إلى اللائحة المادة ٤٦ مكرر والتى أجازت للشركات العاملة فى مجال الأوراق المالية مزاولة نشاط أمناء الحفظ (بما فيه إدارة محافظ الأوراق المالية) بعد الحصول على ترخيص بذلك".

لسنة ٢٠٠٠ ، دون الشركات الأخرى العاملة فى الأوراق المالية. ولا نعتقد بصواب هذا الرأى للأسباب الآتية :

السبب الأول: أن المادة السادسة تقضى بأنه "لا يجوز أن يكون مالكاً مسجلاً إلا بنوك الإيداع والجهات التى تمارس أنشطة أمناء الحفظ أو إدارة محافظ الأوراق المالية أو أى نشاط آخر يصدر به قرار من الوزير المختص بعد أخذ رأى الهيئة". ولو كان المشرع يقصد إدراج إدارة المحافظ ضمن نشاط أمناء الحفظ ، ما تناولت المادة السادسة نشاط إدارة المحافظ بوصفه نشاطاً مستقلاً عن نشاط أمناء الحفظ. وتقضى القواعد الأصولية فى التفسير بتنزيه المشرع عن اللغو.

السبب الثانى: أن الإدارة التى يقصدها المشرع فى المادة السادسة هى الإدارة التى يقتضيها حفظ القيود الحسابية ، لا الإدارة بوصفها سياسة استثمارية تهدف إلى تعظيم قيمة المحفظة وتحقيق أهداف العميل الاستثمارية.

السبب الثالث: إن المشرع يستخدم عبارة (إدارة المحافظ) عندما ينصرف قصده إلى تنظيم إدارة الأوراق المالية إدارة استثمارية ، ولا يلجأ لاستعمال عبارة (إدارة الأوراق المالية) ، وهو ما تكشف عنه بوضوح المادة ٢٧ من قانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ وأحكام الباب السادس من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال ، وتتفق تلك التسمية مع ما استقر عليه الفقه والقضاء فى فرنسا ، من أنه يتعين النظر إلى الأوراق المالية فى حالة الإدارة الاستثمارية على أنها مجموع قانونى (universalité) غير قابل للانقسام ، أى كمحفظة مالية تشكل وحدة واحدة لا عناصر متعددة[1].

٣١- رابعاً: التزام أمين الحفظ بالتحقق من صحة العمليات المنفذة:

القاعدة المستقرة فقهاً وقضاءً أنه لا يجوز للوسيط المالى أن يتدخل فى شئون عميله ، أو أن يراقب القيود الواردة فى حسابه للتيقن من مشروعيتها ،

(١) Cass. Civ. 12 Nov. 1998. D. J., 1999, n° 40, p. 633; Hovasse (H.), Qualification du portefeuille de valeurs mobilières, R. D. bancaire et de la bours, n° 71, 1999, p. 1.

متى كانت سليمة من الوجهة الظاهرية، بيد أن إعمال هذه القاعدة لا يعنى أن يغمض الوسيط المالى عينيه تماماً عن مدى صحة ومشروعية العمليات المنفذة فى حسابات العملاء. فيتعين على الوسيط إذاً أن يراقب الحساب رقابة معتدلة لا تصل إلى حد التدخل، ولكنها لا تقف عند عدم المبالاة؛ لذا يسأل إذا شارك فى أعمال عميله المنطوية على الغش، أو إذا تركه يرتكبها على الرغم من علمه بذلك، أو إذا كان يجب عليه أن يعلم من الحوادث التى طرأت وكانت بطبيعتها تلفت النظر. والعبرة هنا بكل حالة على حدة وظروف كل عميل[1].

وتطبيقاً لذلك، إذا علم أمين الحفظ أو كان عليه أن يعلم أن الأوراق المالية المقيدة فى حساب العميل مثقلة بقيد قانونى يمنعه من التصرف فيها، فيكون ملزماً بعدم إجراء أى قيد حسابى لانتقال ملكية هذه الأوراق إلى الغير، وإلا انعقدت مسئوليته.

ويلزم قانون مكافحة غسل الأموال رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ المؤسسات المالية، ومن بينها الشركات العاملة فى مجال الأوراق المالية، كشركات السمسرة وأمناء الحفظ[2] بالإخطار عن العمليات المالية التى يشتبه فى أنها تتضمن غسيل أموال، وعليها وضع النظم الكفيلة بالحصول على بيانات التعرف على الهوية والأوضاع القانونية للعملاء والمستفيدين الحقيقيين من الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين، وذلك من خلال وسائل إثبات رسمية أو عرفية مقبولة وتسجيل بيانات هذا التعرف. ولا يجوز لها فتح حسابات أو ربط ودائع أو قبول أموال أو ودائع مجهولة أو بأسماء صورية أو وهمية[3].

---

(١) Delleci (J. M.), Peltier (F.), op. cit., n° 87; Vauplane (H.de)-Bornet (J-P.), op. cit., p. 832, n° 983.

(٢) المادة الأولى من القانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون مكافحة غسل الأموال.

(٣) المادة الثامنة من القانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون مكافحة غسل الأموال.

فضلاً عما سبق، تلتزم المؤسسات المالية بإمساك سجلات ومستندات لقيد ما تجريه من العمليات المحلية أو الدولية تتضمن البيانات الكافية للتعرف على هذه العمليات[1].

ويقصد بغسل الأموال كل سلوك ينطوى على اكتساب أموال أو حيازتها أو التصرف فيها أو إدارتها أو حفظها أو استبدالها أو إيداعها أو ضمانها أو استثمارها أو نقلها أو تحويلها أو التلاعب فى قيمتها إذا كانت متحصلة من جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى المادة (٢) من قانون مكافحة غسل الأموال مع العلم بذلك، متى كان القصد من هذا السلوك إخفاء المال أو تمويه طبيعته أو مصدره أو مكانه أو صاحبه أو صاحب الحق فيه أو تغيير حقيقته أو الحيلولة دون اكتشاف ذلك أو عرقلة التوصل إلى شخص من ارتكب الجريمة المتحصل منها المال[2].

٣٢- خامساً: الالتزام بالإعلام:

يجمع عقد إمساك حسابات العميل بين مهنى محترف متخصص فى حفظ حسابات الأوراق المالية وعميل يهدف إلى توظيف مدخراته فى هذا الاستثمار، وقد يكون جاهلاً بقواعد الاستثمار المتعلقة بحفظ الأوراق المالية وعمليات الإدارة المتعلقة بالحفظ؛ لذا يبرز دور ماسك الحساب أو أمين الحفظ بتبصير العميل بكل المعلومات الجوهرية المتصلة بمحل العقد، وهو الحفظ، سواء أكان ذلك عند إبرام العقد أم أثناء تنفيذه.

ويفرض واجب التعاون فى تنفيذ العقد على ماسك الحساب التزاماً بإعلام عميله بجميع المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية المقيدة فى حسابه وبتقديم حساب عنها. وتنص المادة ٥٢ من اللائحة التنفيذية من القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ بالتزام أمين الحفظ بموافاة العميل بكشف حساب تفصيلى بصفة دورية،

---

(١) المادة التاسعة من القانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون مكافحة غسل الأموال.
(٢) المادة الأولى من القانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون مكافحة غسل الأموال.

على أن يتضمن الكشف العمليات التى تم تنفيذها ورصيد العميل من الأوراق والنقود. ويلتزم أمين الحفظ فور استلامه كشف حساب التسوية من شركة الإيداع والقيد المركزى بإصدار كشف حساب للعميل يوضح رصيده من الأوراق المالية لديه بعد تسوية عمليات البيع والشراء، بالخصم من الأولى والإضافة إلى الثانية[1].

ومن أجل بسط رقابة هيئة سوق المال وشركة الإيداع القيد المركزى على نشاط حفظ حسابات الأوراق المالية، تنص المادة ٥٢ من اللائحة التنفيذية من القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ على التزام أمين الحفظ بموافاة الهيئة والشركة بما تطلبه من بيانات.

٢٣ـ سادساً: الالتزام بالأمانة:

يلتزم أمين الحفظ بالأمانة أثناء اضطلاعه بإمساك حساب الأوراق المالية للعملاء، ويعنى ذلك أن يباشر الأمين السلطات المخولة له بقصد تحقيق مصلحة العميل لا مصلحته الشخصية أو مصلحة الغير، وأن يكف عن كل عمل من شأنه أن يسبب ضرراً للعميل، وأن يلتزم بالحيدة تجاه كل من تتشابه أوضاعهم من عملائه.

ويلتزم أمين الحفظ بأن يكون أميناً أمام المعلومة التى يحوزها بمناسبة اضطلاعه بالنشاط المهنى[2]، فلا يفشى أسرار عملائه المتعلقة بالحسابات التى يديرها، ولا يتعامل على الأوراق المالية التى تكون قد توفرت لديه معلومات بشأنها أو بيانات غير معلنة فى السوق أو غير متاحة لسائر المتعاملين فيه[3].

---

(١) المادة ٣٧، ٣٨ من ملحق اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠.

(٢) المادة ٥١ من اللائحة التنفيذية لقانون الإيداع والقيد المركزى وانظر تفصيلاً فى الالتزام بالأمانة:

د. هشام فضلى، إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير، دراسة قانونية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص ٧١ وما بعدها.

(٣) تنص المادة ٥٦ من قانون الإيداع والقيد المركزى على أنه "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها فى أى قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر=

الباب الثانى
اتفاق الحفظ بين عقد الوديعة العادية
ونظام الإيداع المركزى

٢٤ـ طبيعة اتفاق الحفظ:

كانت الورقة المالية تتجسد، فيما مضى، فى شهادة تستخرج من دفاتر ذات قسائم، وتعطى أرقاماً مسلسلة. وبصدور القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ أصبحت مجرد قيد فى الحساب يحفظ ويدار بمعرفة أمين الحفظ. وتطابق الحسابات

=وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد على مائة ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أفشى سراً اتصل به بحكم عمله تطبيقاً لأحكام هذا القانون أو حقق نفعاً منه بطريق مباشر أو غير مباشر." وتنص المادة (٢٠) مكرر من قانون سوق المال، والتى أضيفت بموجب القانون رقم ١٢٣ لسنة ٢٠٠٨ الخاص بتعديل أحكام قانون سوق رأس المال على أنه " يحظر على الأشخاص الذين تتوفر لديهم معلومات عن المراكز المالية للشركات المقيدة بالبورصة أو نتائجهم أنشطتها وغيرها من المعلومات التى يكون من شأنها التأثير على أوضاع هذه الشركات، التعامل عليها لحسابهم الشخصى قبل الإعلان أو الإفصاح عنها للجمهور. كما يحظر على هؤلاء الأشخاص إفشاء تلك المعلومات للغير بصورة مباشرة أو غير مباشرة ....". وتنص المادة ٥٠ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال على أنه "..... ويتعين الحفاظ على سرية البيانات المتعلقة بالعميل وعدم السماح للغير بالإطلاع عليها، وذلك بمراعاة ما قد تطلبه الهيئة والشركة والجهات المختصة من بيانات".

راجع فى جريمة المطلعين على أسرار أسهم الشركات"Le délit d'initié" :

Gounot (Marc – Emmanuel), Le délit d'initié, thèse, Mon. 1, 1996; Vauplane (H.de) – Bornet (J.-P.), droit des marchés financiers, op. cit., p. 864 et s.

وفى الفقه المصرى:

د. صالح أحمد البربرى، بورصة الأوراق المالية والممارسات التى تؤثر فى كفاءة أداء وظائفها وقواعد الضبط، رسالة من حقوق الإسكندرية، ٢٠٠١، د. عمر سالم، الحماية الجنائية للمعلومات غير المعلنة للشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩؛ د. عصام حجاب، جريمة استغلال المعلومات الداخلية للشركات المساهمة، دراسة مقارنة، رسالة من جامعة الاسكندرية، ٢٠١٢.

المفتوحة للعملاء لدى أمناء الحفظ مع الحسابات المفتوحة للأمناء لدى شركة الإيداع المركزى [1].

وهنا يثور التساؤل، فى ضوء الوظائف المسندة لأمين الحفظ، ومن بينها حفظ القيود الحسابية، هل يرتبط أمين الحفظ بعقد وديعة مع العميل، أو يتضمن اتفاق الحفظ عناصر أخرى لا تصلح الوديعة لاستيعابها؟.

تقتضى الإجابة عن هذا التساؤل التطرق إلى ثلاث مسائل نتناولها فيما يلى:

الفصل الأول: فكرة عقد الوديعة.

الفصل الثانى: اتفاق الحفظ بين القضاء الجنائى والفقه المدنى.

الفصل الثالث: اتفاق الحفظ بين تطور عمليات الإيداع وطبيعة الورقة المالية.

---

(١) هذا فى القانون المصرى، أما فى القانون الفرنسى، فإن الحساب المفتوح لماسك الحساب لدى السيكوفام لا يشير إلى مالكى الأوراق المالية المقيدة فى هذا الحساب.
وكان القانون الفرنسى الصادر فى ٢ أغسطس ١٩٤٩ بشأن الحفظ المركزى للأوراق المالية المادية يعتبر العقد الذى يربط ماسك الحساب بالعميل عقد وديعة. وبصدور القانون رقم ١١٦٠/ ٨١ فى ٣٠ ديسمبر ١٩٨١ تجردت الأوراق المالية من دعامتها المحسوسة، وأصبح الحفظ يرد على قيود حسابية تمثل حقوق العميل، وهنا طرح التساؤل عن تكييف العقد الذى يربط ماسك الحساب بالعميل.
Vauplane (H.de)- Bornet (J.- P.), op. cit., p. 823.

الفصل الأول

فكرة عقد الوديعة

٣٥ ـ تعدد عناصر العقد:

الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر، على أن يتولى حفظ هذا الشئ، وأن يرده عيناً[١].

ويلتزم المودع عنده بأن يتسلم الوديعة. ويجوز أن يكون الشئ المودع منقولاً، كالبضائع والسيارات والجوهرات والصكوك المالية[٢]، أو يكون عقاراً. وكان القانون المدنى القديم لا يجيز إلا إيداع المنقول، تأثراً بالقانون المدنى الفرنسى[٣]. ولا تنتقل ملكية الشئ المودع إلى المودع عنده، بل يبقى المودع مالكاً للشئ ويسترده عيناً عند انتهاء الوديعة.

ويلتزم المودع عنده بحفظ الشئ المودع، وهو الغرض الأساسى من عقد الوديعة والالتزام الجوهرى فيها. وتقضى المادة ٧٢٠ من التقنين المدنى بأنه إذا كانت الوديعة بغير أجر، وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية فى حفظ الشئ ما يبذله فى حفظ ماله، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد. أما إذا كانت الوديعة بأجر، فيجب أن يبذل المودع عنده فى حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد[٤]. فى حين تقضى المادة ٣١١ من قانون التجارة الجديد بأنه

---

(١) المادة ٧١٨ من التقنين المدنى المصرى.

(٢) المادة ١٩١٨ من التقنين المدنى الفرنسى؛ لذا يقرر الفقه الفرنسى أن عناصر الوديعة أربعة: التسليم والحفظ والرد والطبيعة المنقولة للشئ محل الوديعة.
انظر فى ذلك:
Vauplane (H.de) Bornet (J.-P.), Droit des marchés financiers, op. cit., p. 821; Delleci (J.-M.) – peltier (F.), Compte de dépôt de titres, op. cit., p. 4, n° 4.

(٣) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء السابع، المجلد الأول، ١٩٨٩، ص ٩٠٩.

(٤) ولا تتعلق قواعد المسئولية عن حفظ الشئ المودع بالنظام العام، انظر فى ذلك، د. عبد الرزاق السنهورى، المرجع السابق، ص ٩٢١، فقرة ٣٥٨.

على البنك أن يبذل فى المحافظة على الصكوك المودعة عناية المودع لديه بأجر، ولا يجوز الاتفاق على غير ذلك. ويقصد بعناية (المودع لديه بأجر)، عناية الشخص المحترف الذى يملك خبرة كافية فى تخصصه، ويحوز الكثير من الوسائل والأدوات التى تساعد على الاضطلاع بمهنته وتنفيذ الأداءات المطلوبة بصورة لا يمكن توقعها من غير المحترف، وهو الاتجاه الحديث فى الفقه والقضاء الذى يذهب إلى أن معيار الرجل المعتاد لم يعد مناسباً لتقدير خطأ المهنى المحترف لعمله؛ لأن هذا المعيار إذا كان يتناسب مع الشخص المعتاد غير المحترف الذى يبذل قدراً من العناية يتفق وما يملكه من خبرة وإمكانات، فإنه لا يتناسب مع الشخص المحترف[1].

وليس للمودع عنده أن يستعمل الوديعة دون أن يأذن له المودع فى ذلك صراحةً أو ضمناً[2]. وتقضى المادة ٣١٠ من قانون التجارة الجديد بأنه لا يجوز للبنك أن يستعمل الحقوق الناشئة عن الصكوك المودعة لديه ما لم يتفق على غير ذلك. وإذا أخل المودع عنده بالتزامه، فاستعمل الوديعة دون إذن صريح أو ضمنى، أو تصرف فيها من باب أولى بالبيع أو الرهن أو الإيجار أو أى تصرف آخر، كان مسئولاً عن ذلك مسئولية مدنية وجنائية[3].

---

(١) انظر فى التزام المهنى المتخصص ببذل عناية الرجل الحريص:
د. هشام فضلى، إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير، المرجع السابق، ص ١٢٦، فقرة ٩٦؛ د. حماد مصطفى عزب، مسئولية البنك تجاه العميل بصدد إدارة محفظة أوراقه المالية، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، العدد السابع عشر، يونية ١٩٩٥، ص ٣٦؛ د. عبد الرحمن قرمان، المركز القانونى لمدير الاستثمار، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ٩٠.
وفى الفقه الفرنسى:
-Paulsen (J.-F.), Le contrat de gestion de portefeuille, thèse, Paris 5, 1995, P. 491.

(٢) المادة ٧١٩/ ٢ من التقنين المدنى المصرى.

(٣) فيسأل المودع عنده عن جريمة التبديد بالنسبة إلى المودع، وعن جريمة النصب بالنسبة إلى من تصرف له.
د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء السابع، المرجع السابق، ص ٩٢٥، فقرة ٣٥٩.

ويتعين على المودع عنده الوفاء بالالتزامات التابعة والمكملة للالتزام بالحفظ[1]. وتقضى المادتان ٣١٢، ٣١٣ من قانون التجارة الجديد بالتزام البنك بالآتى[2]:

١- قبض عائد الصك أو أرباحه وقيمته، إذا استحق أو استهلك وكذلك كل مبلغ آخر يستحق بسبب الصك، وتقيد تلك المبالغ فى حساب العميل.

٢- القيام بكل عملية لازمة للمحافظة على الصكوك المتصلة بالصك التى يتقرر منحها له دون مقابل، كتقديمه للاستبدال أو لوضع الأختام أو لإضافة قسائم أرباح جديدة إليه.

٣- إخطار العميل بكل أمر أو حق يتصل بالصك، ويستلزم الحصول على موافقته أو يتوقف على اختياره[3]، كإخطاره مثلاً بزيادة رأس مال الشركة؛ لكى يباشر حقه فى الأولوية فى الاكتتاب بالأسهم الجديدة. فإذا لم تصل إلى البنك تعليمات من العميل بهذا الشأن فى الوقت المناسب، وجب عليه أن يتصرف فى هذا الحق بما يعود بالنفع على العميل-المودع. ويتحمل هذا الأخير المصاريف، فضلاً عن العمولة العادية. ويكون البنك فى هذه الحالة فى مركز الفضولى الذى يعمل لمصلحة عميله.

---

(١) Delleci (J.-M.)- Peltier (F.), Compte de dépôt de titres, op. cit., p. 4, n° 6.

(٢) والأصل أن عقد وديعة الصكوك المبرم هو الذى يحدد نطاق الالتزامات التبعية، فإذا سكت العقد، التزم البنك بالالتزامات المحددة فى المادتين ٣١٢و ٣١٣ من قانون التجارة الجديد.
د. على البارودى – محمد فريد العرينى، القانون التجارى، الجزء الثانى العقود التجارية – عمليات البنوك، دار المطبوعات الجديدة، ٢٠٠٠، ص ٢٨٥.

(٣) ويرى الفقه الفرنسى أن الالتزام بالإعلام والمشورة يقوم متى توفرت علاقة مباشرة بين مضمون الإعلام ومحل الالتزام، فإذا كان البنك فى عقود وديعة الصكوك لا يلتزم بتقديم مشورته فيما يتعلق بالأوضاع الضريبية للصكوك أو الحوادث والأزمات التى تصيب الشركة، فذلك لأن محل العقد هو الحفظ، وليس الإستثمار. أما فيما يتعلق بحفظ الصكوك ذاتها، فإن التزامه يقوم بالإعلام والمشورة.
Palvadeau – Arquę (F.), Les instrument juridiques de la gestion bancaire de patrimoine, thèse, Nan. 1997, p. 133, n° 212.

فالمودع عنده، إذن، يلتزم بإدارة الصكوك المالية المحفوظة لديه، ولكن تكون الإدارة هنا بهدف الحفظ فقط، وإذا امتدت الإدارة لتشمل الاستثمار فى أسواق المال انقلب العقد إلى إدارة محافظ[1].

ويجب على المودع عنده أن يرد الشئ إلى المودع بمجرد طلبه[2]. والأصل أن يكون الرد عيناً، أى أن يرد نفس الشئ المودع، ففى عقد وديعة سيارة ترد السيارة المودعة ذاتها. وإذا كان الشئ المودع أسهماً وسندات، اسمية كانت أو لحاملها، كان للمودع أن يطلب ردها عيناً بذواتها وبنفس أرقامها. وبسبب التزام المودع عنده برد نفس الشئ المودع، أخذ المودع مركز المالك لا الدائن، وأمكنه، بالتالى، أن يسترد الشئ المودع من تفليسة المودع عنده[3]. ويلزم قانون التجارة الجديد البنك أن يرد الصكوك المودعة بمجرد أن يطلب منه المودع ذلك مع مراعاة الوقت الذى يقتضيه إعداد الصكوك للرد. ويتم الرد فى المكان الذى تم فيه الإيداع، أى البنك، ويلتزم هذا الأخير برد الصكوك ذاتها، ما لم يتفق، أو يقضى القانون برد صكوك من جنسها، أو صكوك أخرى[4].

وإذا كان محل الوديعة مبلغاً من النقود، أو أى شئ آخر مما يهلك بالاستعمال، وأذن المودع للمودع عنده فى استعمال هذا الشئ، فلا مناص من أن يستهلك المودع عنده الشئ بالاستعمال، ومن ثم لا يستطيع أن يرد الشئ بعينه، كما هو الأمر فى الوديعة، ويتعين أن يرد مثل الشئ، كما هو الشأن فى القرض. ولذلك خرج المشرع فى المادة ٧٢٦ مدنى بهذا النوع من الوديعة – وتسمى الوديعة الناقصة – عن أن تكون وديعة إلى أن تكون قرضاً[5]. ويكون

---

(١) د. هشام فضلى، إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير، المرجع السابق، ص ٥.

(٢) المادة ٧٢٢ من التقنين المدنى المصرى.

(٣) المادة ٣١٤ من قانون التجارة الجديد.

(٤) Delleci (J.-M.) – peltier (F.), Compte de dépôt de titres, op. cit., p.4, n° 7.

(٥) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء السابع، المرجع السابق، ص ٩٧٦، فقرة ٣٨٤.
=

المودع هنا دائناً للمودع عنده بقيمة ما أودعه، فإذا أفلس الأخير، دخل المودع التفليسة كدائن عادى. وإذا هلكت الوديعة، فإنها لا تهلك على المودع عنده بوصفه مالكاً لها، ويجوز إجراء المقاصة بينه وبين العميل.

ويلتزم المودع عنده برد الثمار التي ينتجها الشئ المودع، فإذا كان هذا الشئ أسهماً أو سندات واستحقت أرباحاً، وجب على المودع عنده أن يرد أصل الصكوك المالية وما حققته من أرباح. أما فى حالة وديعة النقود، فيجوز الاتفاق على أن يتقاضى المودع فائدة على هذا القرض، وتكون هذه الفائدة بمنزلة ثمار الشئ المودع.

ويلتزم المودع بدفع الأجر، إذا كان مشترطاً، وبرد المصروفات التى أنفقها المودع عنده فى حفظ الوديعة وبتعويض المودع عنده عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة[1].

وللمودع - وفقاً للمبادئ العامة - حق حبس الشئ المودع، ضماناً لاستيفاء ما له من أجر ومصاريف خاصة بهذه الصكوك، وأن يتمسك بامتياز حفظ المنقول عليه، وأن يباشر عليه إجراءات الحجز تحت يد النفس.

= ويقرر أستاذنا الدكتور/ على جمال الدين عوض، إنه إذا كان البنك مأذوناً فى استعمال المبالغ المودعة، وسواء كان هذا الإذن صريحاً أو يقضى به العرف، تسرى أحكام القرض على هذا العقد، تطبيقاً لنص المادة ٧٢٦ من القانون المدنى المصرى، أما إذا لم يكن البنك مأذوناً فى استعمال المال المودع يكون العقد وديعة بالمعنى الفنى الدقيق، ويصدق ذلك على حالة الوديعة المصرفية المصحوبة بتخصيصها لغرض معين، أو لمجرد حفظها بذاتها لدى البنك، فتحديد طبيعة العقد مرجعها إرادة الطرفين. وبالنظر إلى الواقع، فإن الوديعة النقدية المصرفية فى صورتها الغالبة تعد قرضاً.
د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٦٠ وما بعدها.

(١) المادتان ٧٢٤و ٧٢٥ من التقنين المدنى المصرى.

الفصل الثانى
اتفاق الحفظ
بين القضاء الجنائى والفقه المدنى

٣٦ـ تمهيد:

تباينت الآراء حول تكييف علاقة العميل بشركة إمساك الحساب، فبينما ذهبت الدائرة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية إلى أنها عقد وديعة (الفرع الأول)، فإن الفقه الفرنسى لم يسايرها فى ذلك، ووجه العديد من الانتقادات إلى فكرة الوديعة (الفرع الثانى).

المبحث الأول
القضاء الجنائى الفرنسى وتكييف علاقة العميل بشركة إمساك الحساب

٣٧ـ هل يعد القيد فى الحساب كتابة تدخل فى نطاق الأشياء محل جريمة التبديد؟

فى إحدى القضايا التى نظرها القضاء الجنائى الفرنسى[١]، نسب إلى مديرى شركة لإمساك الحسابات اتهاماً بخيانة الأمانة المعاقب عليها وفقاً للمادة ٤٠٨ من قانون العقوبات، وذلك لأنهم استعملوا الحقوق الناشئة عن أوراق

---

(١) Cass. Crim. 30 Mai 1996, Banque et droit, n° 48, juill – août 1996, p. 30, chr. Peltier (F.) et Vauplane (H. de); Bull. Joly Bourse, 1996, p. 628. note Le Cannu (P.); Le cannu (P.), sur la nature de valeurs mobilières dématérialisées détournées par abus de confinance et les obligations des gérants d'OPCVM, Bull. Joly bourse, sept – déc. 1996, p. 597; Lassalas (ch.), La nature de la convention de teneur de compte, Petite affiches, 18 Nov. 1996, (Sur CD. Rom); R. J. com., n° 1480, p. 101, note Goutay (Ph.); Rev. Sc. Crim. 1997/1, note Riffault – treca (J.); Revue, Sociétes 1996, p. 806, note bouloc (B.); Dr. sociétés 1995, n° 14, note Hovasse (H.).

العميل المالية (القيم المنقولة) لحساب الشركة التى يعملون بها وليس لحساب العميل مالك الأوراق، وقد تمثل ذلك فى قيامهم بعقد رهن على تلك الأوراق، ضماناً لما حصلت عليه الشركة من ائتمان. وكان السؤال المطروح على القضاء للإجابة عنه: هل تعد العلاقة التى تجمع شركة إمساك الحساب بعميلها عقد وديعة؟ وهل الرهن المعقود على القيود الحسابية ضماناً للائتمان الممنوح للشركة، يعد تبديداً لمنقول مادى يمتلكه العميل، تتوفر معه أركان جريمة خيانة الأمانة المنصوص عليها فى المادة ٤٠٨ من قانون العقوبات؟.

فى البدء، رفضت محكمة الجنح إنعقاد المسئولية الجنائية لمديرى الشركة، وقررت - وفقاً للمادة ١٢ من قانون المال الصادر فى ١٩٨٢، ولائحته التنفيذية الصادرة فى ٢ مايو ١٩٨٣ - أن القيم المنقولة لا تعد مادية إلا بالقيد فى الحساب باسم مالكها، وهى بذلك لا تعد مشابهة للأوراق والتذاكر والإيصالات والكتابات الأخرى التى تكون موضوعاً للتبديد، وفقاً للمنصوص عليه فى المادة ٤٠٨ من قانون العقوبات الفرنسى.

لم تقتنع محكمة استئناف باريس[1] بالحجة التى قام عليها حكم محكمة الجنح، وأدانت مديرى الشركة عن جريمة خيانة الأمانة، تأسيساً على أن إلغاء الدعامة المالية للقيم المنقولة لا يؤدى إلى حرمان صاحب القيم المنقولة من حقه العينى فى ملكية هذه القيم والتى تكون محلاً للقيد فى الحساب، وأن الاتفاق المبرم بين شركة إمساك الحساب وعميلها هو عقد وديعة، تلتزم بمقتضاه برد ما أودعه إياها من أوراق مالية، فإن تقاعست عن تنفيذ ذلك، انعقدت مسئولية مديرى الشركة الجنائية.

أيدت محكمة النقض[2] حكم محكمة استئناف باريس، وقررت أن العقد الذى يجمع العميل بشركة إمساك الحساب هو عقد وديعة، تلتزم بمقتضاه الشركة

---

(١) La Cour d'appel de Paris, 16 Mars 1996, Bull. Joly Bourse, 1995, P. 193 et s., note Mouy (S.)- Vauplane (H. de).

(٢) حكم محكمة النقض الفرنسية – الدائرة الجنائية – الصادر فى ٣٠ مايو ١٩٩٦ سالف الإشارة إليه، وجاء فى قضاء المحكمة ما نصه: =

بحفظ القيم المنقولة المملوكة للعميل وعدم التصرف فيها أو رهنها إلا بموافقته، وأن القيد فى الحساب للقيم غير المادية (Valeurs incorporelles) يعد كتابة تدخل فى نطاق الأشياء موضوع التبديد المنصوص عليها فى المادة ٤٠٨ من قانون العقوبات.

المبحث الثانى
الفقه الفرنسى ورفض
فكرة الوديعة

٣٨ـ عناصر النظام الجديد للإيداع المركزى وأثرها فى رفض فكرة الوديعة:

وجه الفقه الفرنسى العديد من الانتقادات إلى محكمة النقض الفرنسية، فى تكييفها للعلاقة بين شركة إمساك الحساب والعميل بأنها عقد وديعة، وتمثلت هذه الاعتراضات فى الآتى:

٣٩ـ أولاً: الأوراق المالية مثليات يقوم بعضها مقام بعض فى التعامل:

يميز الفقه بين الوديعة الكاملة (Dépôt régulier) والوديعة الناقصة (Dépôt irrégulier) كإيداع النقود والمثليات. فى الأولى، يلتزم المودع عنده برد الشئ المودع نفسه، أما فى الثانية، فلا يلتزم إلا برد مثله. وعلى الرغم من اختلاف الفقه والقضاء فى تكييف عملية إيداع النقود فى البنك، بين فكرة الحفظ

= "...Qu'en effet, L'inscription en compte de valeurs incorporelles constitue un écrit qui entre dans les prévisions tant de l'article 408 ancien que de l'article 314 – 1 nouveau de code pénal, réprimand l'abus de confiance.

- Que L'intermédiaire habilité, teneur de comptes et conservateur de valeurs mobilières, affilié à la SICOVAM sous le régime défini par la loi du 30 décembre 1981 et son dépôt qui lui impose de conserver la contrepartie; qu'il ne peut, sans le consentement du titulaire, accomplir sur ces valeurs que des actes d'adiminstration ou de gestion, à L'exclution d'acts de disposition ayant pour effets d'intervertir la possession ..".

التى تجعل من العقد وديعة وفكرة استغلال البنك للمبلغ والتى تميل بعملية الإيداع ناحية عقد القرض[1]، فإنه يكاد يسلم بنتائج متماثلة مترتبة على الإيداع من بينها أن البنك يكون مالكاً للنقود، ويمكنه أن يستعمل هذه النقود لصالحه، وتقع المقاصة بين ما يودعه العميل وما يترتب فى ذمته ديناً للبنك.

وتقترب التفرقة بين الوديعة الكاملة والوديعة الناقصة، من التمييز الذى كان يعرفه القانون المدنى القديم[2]، وما زال قائماً فى القانون الفرنسى، بين عارية الاستعمال (le prêt à usage) وعارية الاستهلاك (le prêt de consommation). فى الأولى، يكون الشئ المستعار من المثليات، وغير قابل للاستهلاك، ويلتزم المستعير برده ذاته. أما فى الثانية، فإن ملكية الشئ المستعار تنتقل إلى المستعير، والذى يلتزم برد شئ مماثل للشئ المعار[3].

ولا يمكن اعتبار علاقة ماسك الحساب فى القانون الفرنسى أو أمين الحفظ فى القانون المصرى بعميله وديعة كاملة، نظراً للطبيعة الخاصة للأوراق المالية موضوع الإيداع، وكونها من المثليات التى يقوم بعضها مقام بعض فى

---

(١) ويرى البعض أن إيداع النقود هو وديعة شاذة تقترب جداً من فكرة القرض. إذ بمقتضاها يلتزم المودع عنده لا برد الشئ، بل برد مثله. وتختلف عن القرض فى أنها لمصلحة المودع وحده، بحيث يستطيع أن يتنازل عن الأجل ويطلب الرد فوراً، وهو ما يجعل من المحتم على المودع لديه أن يحتفظ دائماً بما يماثل الشئ المودع نوعاً ومقداراً حتى يكون على استعداد لمواجهة طلب الرد. فى حين يرى فريق آخر أن وديعة النقود قرض، إذ إن إيداع النقود فى البنك أمر ضرورى بالنسبة له، حتى يقوم بدوره فى منح الائتمان؛ ولذا فإنه لا يلتزم فى مواجهة عميله إلا بالوفاء.
انظر تفصيلاً فى عرض هذه الاتجاهات وتحليلها: د. علي البارودى – د. محمد فريد العرينى، القانون التجارى، الجزء الثانى: العقود التجارية – عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ٣١٤ وما بعدها، د. على جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المرجع السابق، ص ٥٥ وما بعدها، د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، العقود التجارية وعمليات البنوك، المرجع السابق، ص ٥٩٠ وما بعدها.

(٢) كان المشرع المصرى فى التقنين المدنى القديم يميز بين عارية الاستهلاك وعارية الاستعمال، فى المواد من ٤٦٣ وما بعدها.

(٣) Lassalas (Ch.), L'inscription en compte, op. cit., p. 155.

التعامل[1]؛ ولذلك لا يلتزم المودع عنده الأوراق برد عين ما استلمه، - هذا بافتراض وجود عنصر الرد فى هذا العقد - ، وإنما بشئ مماثل لما استلمه[2]، ويتخلف على هذا أحد العناصر الأساسية فى عقد الوديعة الكاملة، وهو رد عين ما استلمه المودع عنده.

ولكن هل يمكن تكييف علاقة ماسك الحساب بعميله بأنها عقد وديعة شاذة (depot irrégulier) بحسبان أن الأوراق المالية أشياء مثلية، يتملكها ماسك الحساب، بمجرد إيداعها، ولا يلتزم برد الوديعة، وإنما برد مثلها، فالوديعة الشاذة - وفقاً لرأى بلاينول - هى التى بمقتضاها لا يكون المودع عنده ملزماً برد عين ما استلمه، بل يلتزم فقط برد شئ من ذات النوع ونفس الكمية، ولذلك فإن المودع عنده يكون مديناً بالنوع فقط (débiteur d'un genre) وليس بجسم معين، كالمودع لديه العادى[3].

ولا يمكن قبول هذا التكييف، فالمادة ٥ من قانون الإيداع والقيد المركزى تنص على أن "لمالك الورقة المالية جميع الحقوق التى تنتجها ملكيته لها، ويتم إيداع وقيد الورقة بإسمه". وتنص المادة ٩٤ من قانون المال الفرنسى الصادر عام ١٩٨٢ على أن "القيم المنقولة لا تكون مادية إلا بالقيد فى الحساب باسم مالكها". وما دامت الملكية معقودة للعميل وليس لماسك الحساب، فقد انتفى أحد

---

(١) تنص المادة ٨ من قانون الإيداع والقيد المركزى على أن "تتماثل الأوراق المالية التى تم إيداعها لدى الشركة والمزايا التى تنتجها وتحل محل بعضها إذا كانت من ذات النوع والإصدار والعملة. ولا يكون لأى عضو من أعضاء الإيداع المركزى التمسك بحق أو التزام على أوراق بذاتها.

(٢) فى هذا الاتجاه:

Martin (D. R.), De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux), D. 1996, chron. P. 47; Spéc. P. 50, n°- 16; Lichaber (R.), Recherches sur la monnaie en droit privé, L. G. D. J., 1992, n° 194 s.

(٣) Planiol (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2ᵉ éd, Librarie du conseil d'Etat et de la legislation comparée.

العناصر الأساسية للوديعة الشاذة، وهى انتقال ملكية الشئ المودع إلى ذمة المودع عنده[1].

فضلاً عن ذلك، فإن المادة ٦٣/ ١ من القانون الفرنسى لتطوير النشاطات المالية تنص على أن مؤدى خدمة الاستثمار يحمى حقوق الملكية للمستثمرين على الأدوات المالية التى يضطلع بإمساك حساباتها. وتنص المادة ٣٠ من قانون الإيداع والقيد المركزى على أن نشاط أمين الحفظ يتناول حفظ الأوراق المالية والتعامل عليها وإدارتها باسم ولصالح المالك. وتنص المادة ٣١ من ذات القانون بالتزام أمين الحفظ بالفصل بين الأوراق المالية والحسابات الخاصة به وبين ما يخص كل من عملائه، مع إمساك سجلات بذلك. ويبين من تلك النصوص أنه لا يجوز استعمال الحقوق الناشئة عن الأوراق المالية إلا بإذن خاص من العميل؛ ولذلك فإن العقد يفتقر إلى أحد مقومات الوديعة الشاذة، وهو أن للمودع عنده استعمال المال المودع.

ومن نافلة القول أن القانون المصرى لم يدع مجالاً لفكرة الوديعة الشاذة، بل قضى فى المادة ٧٢٦ منه أنه "إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أى شئ آخر مما يهلك بالاستعمال وكان المودع عنده مأذوناً له فى استعماله اعتبر قرضاً". كما حسم قانون التجارة الجديد هذا الخلاف فى المادة ٣٠١ عندما قرر أن البنك المودع لديه النقود يتملك المال المدفوع[2]. ويقول الأستاذ السنهورى: "إنه لا محل للتمييز بين الوديعة الناقصة والقرض. فما دام المودع فى الوديعة الناقصة ينقل ملكية الشئ المودع إلى المودع عنده ويصبح هذا مديناً برد مثله، فقد فقدت

---

(١) Vauplane (H.de)- Bornet (J.-P.), Droit des marchés financiers, litec, 1998, p. 824, n° 972.

(٢) د. على جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المرجع السابق، ص ٥٦، فقرة ٣٧.

الوديعة الناقصة أهم مميز للوديعة، وهو رد الشئ بعينه، واختلطت تماماً بالقرض"[1][2].

٤٠ - ٢- الطابع الإجبارى لعلاقة العميل بماسك الحساب:

يلجأ المودع فى عقد الوديعة العادية إلى تسليم الشئ المودع إلى المودع عنده ليقوم بحفظه. ويتسم عقد الوديعة بالطابع الاختيارى، فيمكن للمودع ألا يلجأ إلى الغير لحفظ أمواله، ويتعهد هو بحفظها بنفسه. وهو عقد غير لازم من جانب المودع، إذ يمكنه أن يطلب رد الشئ المودع فى أى وقت، ولو قبل انقضاء الأجل، ما لم يكن الأجل فى مصلحة المودع عنده[3].

أما فى علاقة العميل بماسك الحساب بعد إلغاء الشكل المادى للأوراق المالية، فإن العميل لا يكون مخيراً بين الاحتفاظ بأوراقه المالية؛ ليديرها بنفسه أو تسليمها للغير ليتولى حفظها وإدارتها بدلاً منه، بل تفرض عليه نصوص القانون أن يسلم ما فى حوزته من أوراق مالية إلى ماسك الحساب، حتى يتسنى قيدها حسابياً والتعامل عليها من خلال شكل الحساب الذى يتولى حفظه وإدارته الوسيط المالى ماسك الحساب، ولا يجيز القانون التعامل من خلال الدعامات المادية القديمة للأوراق المالية، وإنما حل القيد فى الحساب محلها، وأصبحت هذه الدعامات بلا مضمون أو صلاحية لإحداث أى آثار قانونية. فإذا أخذت الأوراق المالية أى شكل آخر غير "القيد الملزم فى الحساب" الذى يدار بمعرفة وسيط مالى

---

(١) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، الجزء السابع، المرجع السابق، ص ٩٨١.

(٢) وتقرر محكمة النقض المصرية بأن:
"علاقة البنك بالعميل-الذى يقوم بإيداع مبالغ في حسابه لدى البنك ليست علاقة وكالة وإنما هى علاقة وديعة ناقصة تعتبر بمقتضى المادة ٧٢٦ من القانون المدنى قرضاً".
نقض ١٩٦٥/١١/٤، مجموعة المكتب الفني، س ١٦، ص ٩٧٥؛
نقض ١٩٧٣/١١/٣١، مجموعة المكتب الفنى، س ٢٤، ص ١٠٣٥؛
نقض ١٩٨٤/٣/٢٠، مجموعة المكتب الفنى، س ٣٥، ص ٧٥٢؛
نقض ١٩٨٥/٣/١١، مجموعة المكتب الفنى، س ٣٦، ص ٣٦٧.

(٣) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، الجزء السابع، سالف الإشارة إليه، ص ٩٨٣.

مرخص له بذلك، فإنها تعد باطلة، ويمتنع التعامل عليها[1]. ولا يحق للعميل أن يسترد الأوراق المالية من ماسك الحساب بعد قيدها حسابياً[2]، وإنما يتمتع بحقوق المالك على هذه الأوراق، فيمكنه التصرف فيها واستعمالها واستغلالها.

فعلاقة العميل بماسك الحساب لا تتسم بالطابع الاختيارى الملحوظ فى عقد الوديعة العادية، وإذا كانت هناك مساحة من الاختيار ممنوحة للعميل، فإنها تنحصر فقط فى اختيار ماسك الحساب من بين الوسطاء الماليين المرخص لهم بذلك.

٤١ـ تخلف عنصر الرد فى علاقة ماسك الحساب بعميله:

تنص المادة ١١ من قانون الإيداع والقيد المركزى على وجوب إيداع الأوراق المالية المقيدة فى إحدى بورصات الأوراق المالية، وجميع الأوراق المالية التى تصدرها أى شركة، إذا طرحت أوراقاً مالية لها فى اكتتاب عام لدى شركة الإيداع والقيد المركزى. وبإيداع الأوراق المالية تتحول إلى قيود حسابية (دفترية) تنتقل ملكيتها بالتحويل من حساب إلى حساب آخر. ولا يجيز القانون إعادة تحول الورقة المالية من الشكل الحسابى إلى شكل الدعامة المادية القديمة. فالتحول إذاً إلى الشكل الحسابى أمر ملزم، من ناحية، وغير قابل للإلغاء، من ناحية أخرى[3]، وهو أمر يقطع بتخلف عنصر الرد فى علاقة العميل بماسك الحساب.

---

(١) Lassals (ch.), *L'inscription en compte, op. cit., p. 181.*

(٢) Vauplane (H. de)- Bornet (J.-P.), Droit de marchés financiers, op. cit., p. 826.

(٣) ويصف الفقه الفرنسي عملية الإيداع والقيد المركزى بأربع خصائص: الأولى: أنه إيداع إجبارى يعقبه تحول الأوراق إلى الشكل الحسابى، وهذا التحول غير قابل للإلغاء. الثانية: أن القيد في الحساب يمثل أسلوبا لتداول الأوراق المالية وحيازتها، وليس نوعا مستقلا من أنواع الأوراق المالية يقف إلى جانب الصكوك الاسمية والصكوك لحاملها مثلما هو الحال فى بلجيكا وأسبانيا. الثالثة: أن القيد فى الحساب أسلوب يتحقق من خلاله حيازة الصكوك. الرابعة: أن إلغاء الدعامة المادية للورقة المالية وتحولها إلى الشكل الحسابى يمثل مرحلة من مراحل التجريد التى تسود مجالات القانون.

Vauplane (H.de) – Bornet (J.-P.), Droit des marchés financiers, op. cit., p. 42 et s.

ولا تأخذ الأوراق المالية بعد إلغاء دعامتها المالية إلا شكلاً وحيداً هو "القيد فى الحساب"؛ ولذلك فإن عنصر استردادها غير متصور. ولا يمكن اعتبار نقل ملكية الأوراق المالية بالتحويل من حساب إلى حساب آخر، بمنزلة رد للورقة المالية إلى مالكها، إذ يعنى هذا أن عملية التحويل تتضمن فى حقيقتها مرحلتين: الأولى: استرداد مالك الورقة لها، والثانية: تسليم الورقة إلى أمين الحفظ المعين من قبل المالك الجديد للورقة، وهو تكييف ينطوى على اصطناع وتكلف[1].

وترى الأستاذة (Lassals) أن عقد ماسك الحساب بعميله ليس عقد وديعة؛ لتخلف عنصر الرد، فرد الأوراق المالية من ماسك الحساب إلى مالكها، يتعين أن يسبقه استلام هذه الأوراق، ولا يمكن إقرار فكرة استلام ماسك الحساب للأوراق، ما دام غير حائز لها[2].

٤٢ ـ ماسك الحساب ليس حائزاً للأوراق المالية:

تقضى المادة الخامسة من قانون الإيداع والقيد المركزى بأن لمالك الورقة المالية جميع الحقوق التى تنتجها ملكيته لها، ويتم إيداع وقيد الورقة باسمه، فالقاعدة إذن أن لمالك الورقة المالية جميع سلطات المالك على القيود الحسابية، ويشمل ذلك سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف. وهو وحده الذى يملك التصرف فى الأوراق المالية المقيدة باسمه، أو أن يغلق الحساب نهائياً. فهو إذاً حائز للأوراق المالية التى يمتلكها، بيد أن الحيازة هنا، وفى ضوء الطبيعة الخاصة للأوراق المالية، تعنى السلطة وليس السيطرة المادية. صحيح أن ممارسة هذه السلطة، تتطلب وفقاً لآليات العمل فى البورصة، تدخل شخص آخر، هو ماسك الحساب، ولا ينتقص ذلك من حيازة صاحب الحساب لأوراقه المالية.

وإذا كانت شركة السيكوفام تقوم بفتح حسابات للوسطاء الماليين لديها، وتتعامل معهم على أساس مجموع الأوراق المالية المقيدة لديهم دون تعيين لحصة

---

(١) Lassalas (ch.), La nature de la convention de teneur de compte, op. cit., p. 3.

(٢) Lassalas (ch.), op. cit., loc. Cit.

العميل من هذا المجموع ، فإن ذلك لا يعنى اختلاط أوراق العميل المالية بالذمة المالية للوسيط المالى ماسك الحساب ، بل يعد أداة حسابية لإدارة الأوراق المالية مركزياً. ويبقى حساب العميل مفرزاً لدى ماسك الحساب ومتضمناً العناصر التى تميزه عن غيره من الحسابات[1] .

---

(١) Lassals (ch.), La nature de la convention de teneur de compte, op. cit., p. 4.

ويختلف القانون المصرى عن القانون الفرنسى فى هذه المسألة ، حيث إن الحساب المفتوح لأمين الحفظ لدى شركة الإيداع المركزى يشير إلى مالكى الأوراق المالية المقيدة فى هذا الحساب.

الفصل الثالث
اتفاق الحفظ بين تطور عمليات الإيداع
وطبيعة الورقة المالية

٤٢ـ الوديعة بصفتها مرحلة تاريخية من مراحل تطور عمليات الحفظ المركزى:

يظهر التطور التاريخى لعمليات الإيداع المركزى فى فرنسا أن إيداع الأوراق المالية كان فى البداية غير مصحوب بإلغاء الدعامات المحسوسة، فكانت العمليات الواردة على الأوراق المودعة تجرى من خلال القيود الحسابية، أما الدعامات المادية للأوراق المالية فتبقى محفوظة فى خزائن لا تتحرك ولا تجرى عليها عمليات تسليم وتسلم فعلية.

وقد أبانت التجربة أن الدعامة المادية قد اختفت تماماً من التعامل، ولم يعد ثمة حاجة إلى فحص الشكل المادى للورقة والتحقق من بياناتها؛ لذا تولدت فكرة إلغاء الدعامة المحسوسة للورقة المالية وإحلال القيود الحسابية محلها. وبمقتضى هذا التحول أصبحت الأوراق المالية قيماً منقولة مقيدة فى حسابات دفترية باسم أصحابها، تنتقل ملكيتها بالتحويل من حساب إلى آخر[1]. وعندما فرض المشرع التزاماً على مالكى الأوراق المالية بتسليمها، لم يكن ذلك بغرض حفظها مركزياً، وردها متى طلب المودع ذلك، بل بغرض إلغاء شكلها المادى المحسوس وتحويلها إلى قيود حسابية، وهو نظام إجبارى، فلا يستطيع مالك الورقة أن يطلب استردادها مرة أخرى والعودة إلى النظام القديم.

لذا فإن علاقة الوديعة كانت تعبر عن مرحلة من مراحل تطور نظام الحفظ المركزى للأوراق المالية وأساليب نقل ملكيتها، قبل أن يتغير النظام، وتتبدل أهدافه نحو تغيير شكل الورقة المالية ذاتها وأساليب تنفيذ التصرفات الواردة عليها؛ لذا فإن فكرة الوديعة لا تعكس فى الوقت الحاضر مفهوماً قانونياً لعلاقة

---

(١) Roblot (G.)-Ripert (R.), op. cit., p. 19 et s.

العميل بماسك الحساب، وإن ظل مصطلح "الإيداع" موجوداً ومعبراً عن البداية التاريخية لهذا النظام.

وبإيداع الأوراق المالية وتحولها إلى قيود حسابية، يؤدى أمين الحفظ لعميله صاحب الحساب مجموعة من الخدمات، من بينها حفظ القيود الحسابية وإمساك الحساب وإجراء القيود الصحيحة، وكلها عمليات تجعل عقد الوكالة هو الأقرب إلى تكييف علاقتهما معاً[1]؛ ولذلك تسرى على علاقة أمين الحفظ بصاحب الحساب نصوص القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ ولائحته التنفيذية وعقد الوكالة، أما أحكام عقد وديعة الصكوك الواردة فى قانون التجارة الجديد فتكون مستبعدة من التطبيق[2].

---

(١) Lassalas (ch.), La nature de la convention de teneur de compte, PA, n° 139, 1996, p. 5; Lassalas (ch.), L'inscription en compte des valeurs, op. cit., p. 162 et s; Ripert (G.) – Roblot (R.), op. cit., p. 37 et s.

(٢) عكس ذلك:
د. عاشور عبد الجواد، المرجع السابق، ص ١٤٥.

خاتمة

٤٤ ـ إيداع الورقة بغرض تغيير شكلها القانونى لا حفظها وردها عند الطلب:

بإيداع الأوراق المالية تتحول من شكلها المادى المحسوس إلى قيود حسابية تنقل ملكيتها – تنفيذاً لعقود التداول فى البورصة – بالتحويل بين حسابات العملاء (Virement). ونتيجة لهذا التحول الجوهرى فى شكل الورقة أوجب القانون على أى مستثمر يرغب فى إجراء عمليات التداول فى البورصة اختيار أحد أمناء الحفظ ليتولى حفظ وإدارة القيود الحسابية. فما دامت الأوراق المالية قد تحولت إلى حسابات، فمن الضرورى إسناد مهمة حفظ هذه الحسابات إلى وسيط مالى مرخص له بذلك، تأميناً لسلامة وصحة القيود التى تجرى فى هذه الحسابات.

وعندما فرض المشرع التزاماً على مالكى الأوراق المالية بتسليمها لم يكن ذلك بهدف حفظها مركزياً وردها متى طلب المودع مالك الورقة ذلك، بل بغرض إلغاء شكلها المادى المحسوس وتحويلها إلى قيود حسابية. وهو نظام إجبارى، فلا يستطيع مالك الورقة أن يطلب استردادها مرة أخرى. لذا فإن فكرة إيداع الأوراق المالية لا تعكس فى الوقت الحاضر مفهوماً قانونياً لعلاقة العميل بماسك الحساب، وإن ظل مصطلح "الإيداع" موجوداً. ويؤدى أمين الحفظ لعمليه صاحب الحساب مجموعة من الخدمات تجعل عقد الوكالة هو الأقرب إلى تكييف علاقتهما معاً، أما أحكام عقد وديعة الصكوك الواردة فى قانون التجارة فتكون مستبعدة من التطبيق.

مراجع البحث

أولاً: المراجع باللغة العربية:

١- **د. أحمد حسنى،** قضاء النقض التجارى، منشأة المعارف، ٢٠٠٠.

٢- **د. حسام الأهوانى،** مسئولية شركات السمسرة فى الأوراق المالية تجاه عملائها فى ظل قانون سوق رأس المال، بحث مقدم إلى مؤتمر مسئولية المهنيين بجامعة الشارقة، والمنعقد فى الفترة من ٣ – ٥ أبريل ٢٠٠٤.

٣- **د. حماد مصطفى عزب،** مسئولية البنك تجاه العميل بصدد إدارة محفظة أوراقه المالية، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، العدد السابع عشر، يونيه ١٩٩٥، ص ٣٦.

٤- **د. عاشور عبد الجواد،** دور البنك فى خدمة الأوراق المالية، دراسة مقارنة فى القانونين المصرى والفرنسى، دار النهضة العربية ٢٠٠٣.

٥- **د. عبد الرزاق السنهورى،** الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الرابع، العقود التى تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ١٩٨٦.

٦- **د. عبد الرحمن قرمان،** المركز القانونى لمدير الاستثمار، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

٧- **د. عبد المنعم البدراوى،** الوجيز فى عقد البيع، ١٩٨٥.

٨- **د. عصام حجاب،** جريمة استغلال المعلومات الداخلية للشركات المساهمة، دراسة مقارنة، رسالة من جامعة الإسكندرية، ٢٠١٢.

٩- **د. على جمال الدين عوض،** عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

١٠- **د. على حسن يونس،** الشركات التجارية، الشركات ذات المسئولية المحدودة وشركات المساهمة والتوصية بالأسهم، ١٩٩٠.

١١- **د. على سيد قاسم،** قانون الأعمال، الجزء الثانى، الشركات التجارية (التنظيم القانونى للمشروع التجارى العام)، ٢٠٠١.

١٢- **د. على البارودى – د. محمد فريد العرينى**، القانون التجارى، العقود التجارية وعمليات ا لبنوك، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٠.

١٣- **د. عمر سالم**، الحماية الجنائية للمعلومات غير المعلنة للشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

١٤- **د. سميحة القليوبى**، الشركات التجارية، الجزء الثانى، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.

١٥- **د. صالح البربرى**، بورصة الأوراق المالية والممارسات التى تؤثر على كفاءة أداء وظائفها وقواعد الضبط، رسالة من الإسكندرية، ٢٠٠١.

١٦- **د. محمد فريد العرينى**، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤.

١٧- **د. هشام فضلى**، إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير، دراسة قانونية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر.

١٨- **د. هشام فضلى**، تداول الأوراق المالية والقيد فى الحساب، دراسة قانونية مقارنة فى نظام الإيداع والقيد المركزى للأوراق المالية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤.

١٩- **د. يوسف يعقوب صرخوه**، الأسهم وتداولها فى الشركات المساهمة فى القانون الكويتى، رسالة من القاهرة، ١٩٨٢.

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية:

(1) *Bouloc (B.),* **note sous cass. Crim. 30 mai 1996, Rev sociétés, 1996. p. 806.**

(2) *Dolleci (J. M.),Peltier (F.),* **Compte de dépôt de titres, Banque et crédit, Fasc. 2115, 1992.**

(3) *Goutay (ph.),* **note sous cass. Cirm. 30 mai 1996, R.J. com. n° 1980, p. 101.**

(4) *Gounot (Marc-Emmanuel),* le délit d'initié, thèse, Mon. 1, 1996.

(5) *Hovasse (H.),* Qualification du portefeuille de valeurs mobilières, R.D. Banacaire et de la bourse, n° 71, 1999.

(6) *Hovasse (H.)* note sous cass. Crim. 30 mai 1996, Dr. sociétés, 1995, n° 14.

(7) *Lassalas (ch.),* La nature de la convention de teneur de compte, petite offiche, 18 nov. 1996 (sur CD Rom).

(8) *Lassalas (ch.),* L'inscription en compte des valeurs: La notion de propriété scripturale, L.G.D.J., 1997.

(9) *Le Cannu (P.),* sur la nature des valeurs mobilières dématérialisées détournées par abus de confiance et les obligations de gérants d'OPCVM, Bull. Joly bourse, sept. déc. 1996, p. 597.

(10) *Lachabert (R.),* Recherches sur la monnie en droit privé, L.G.D.J., 1992.

(11) *Martin (D.R.),* De la nature corporelle des Valeurs mobilières (et autrse droits scripturaux), D. 1996, chron. P. 47.

(12) *Merle (P.),* Droit commercial, sociétés commerciales, 5e édition, Dalloz, Delta, 1997.

(13) *Mouy (S.)- Vauplane (H.de),* note sous CA Paris, 16 mars 1996, Bull. Joly Boures, 1195, p. 193. et s.

(14) *Palvadeau-Arque (F.),* Les instruments juridiques de la gestion bancaire de patrimoine, thèse, Nan, 1997.

(15) *Paulsen (J., F.),* le contrat de gestion de portefeuille, thèse, Paris 5, 1995.

(16) *Peltier (F.) . Vauplane (.de),* note sous cass. crime. 30 mai 1996: Banque de droit, no 48 juill-août 1996. p. 30.

(17) *Planiol (M.)* Traité de droit civil T. 2ᵉ éd, Librarie du conseil d'Etat et de la Legislation comparée.

(18) *Roffaut-treca (J.),* note sous cass, crim, 30 mai 1996, Rev. Sc. Crime, 1997.

(19) *Ripert (G.)- Roblot (R.),* Traité de droit commercial, Tome 2; L.G.D.J., 1996.

(20) *Vauplane (H.de)-Bornet (J.,P.),* droit des marchés financiers, Litec, 1998.

محتويات الجزء الرابع

الجزء الخامس

تداول الأوراق المالية وارتباط نقل الملكية بتسوية العمليات

"دراسة مقارنة فى الأحكام الخاصة بنقل ملكية الأوراق المالية فى ضوء المادة الرابعة من قانون الإيداع والقيد المركزى"

مقدمة

١ـ الأوراق المالية ومفهوم القابلية للتداول:

ترتكز شركات الأموال، فى المقام الأول، على الاعتبار المالى، بصرف النظر عن أشخاص الشركاء. فالعبرة فيها ليس بشخصية الشريك وما تنطوى عليه من صفات، بل ما يقدمه هذا الشريك فى رأس مالها، فائتمان هذه الشركات لا يتوقف على أشخاص الشركاء فيها أو على ما يتمتعون به من ثقة لدى الغير المتعامل مع الشركة، بل يعتمد — اعتماداً جوهرياً — على رأس مالها وما تكونه فى أثناء حياتها من تراكمات مالية[١].

وانعكاساً لهذا الطابع المالى، أصبحت الأوراق المالية التى تصدرها شركات الأموال، قابلة للتداول، فلا يجوز حرمان حامل الورقة المالية من حق التنازل عنها فى أى وقت، وقد قنن المشرع هذه القاعدة صراحةً فى قانون الشركات[٢].

ولا ينصرف معنى التداول إلى حق مالك الورقة فى التنازل عنها فقط، بل ينصرف أيضاً إلى حقه فى اتباع الطرق التجارية عند التنازل وتفادى الإجراءات المنصوص عليها فى القانون المدنى، لذا يعرف الفقه عملية التداول بأنها "صفة تلحق ببعض السندات الممثلة لحق تسمح بنقله فى مواجهة الغير دون إتباع الإجراءات المنصوص عليها فى القانون المدنى"[٣].

---

(١) أستاذنا الدكتور / محمد فريد العرينى، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤، ص ١٣٨.

(٢) المادة الثانية من القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٨١ والمادة ١٣٩ من اللائحة التنفيذية للقانون- بالنسبة للأسهم. والمادة ٤٩ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ والمادة ١٥٩ من اللائحة التنفيذية للقانون بالنسبة للسندات.
وقد نظم قانون سوق المال ولائحته التنفيذية عمليات تداول الأوراق المالية بأحكام تفصيلية.

(٣) Lassalas (ch.), L'inscription en compte des valeurs: La notion de propriété scripturale, L. G. D. J., 1997, p. 258.

ولا يترتب على التداول أى ضرر يلحق برأس مال الشركة، بل إن خاصية التداول هى العامل الرئيسى فى ازدهار هذا النوع من الشركات، فهى تتيح الفرصة لجمهور المستثمرين للدخول إلى الشركة بحرية والخروج بسهولة ويسر، كلما أحوجتهم ظروفهم إلى ذلك، أو بدت لهم بوادر نظرة استثمارية أخرى ذات عائد أفضل، كما أصبحت الورقة المالية بفضل خاصية التداول سلعة تباع وتشترى فى سوق منظمة (البورصة) فى ظروف تتسم بالسرعة والأمان كان من شأنها أن تخلب عقول المدخرين وتجذبهم إليها[1].

٢ـ انطباق القواعد العامة فى البيع على تداول الورقة المالية:

يكون المبيع فى عقد البيع حق ملكية، وهو الغالب، وقد يكون حقاً عينياً آخر متفرعاً من حق الملكية، كحق الإنتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق وحق الحكر، كما يكون حقاً شخصياً[2]، كما هو الحال عند التنازل عن الأوراق المالية أو تداولها فى بورصة الأوراق المالية[3]. ومن ثم تعد أحكام عقد البيع هى الشريعة العامة المنظمة لتداول الأوراق المالية.

والبيع عقد ملزم للجانبين، فالآثار التى تترتب عليه هى التزامات فى جانب البائع والتزامات مقابلة فى جانب المشترى. ويقع فى مقدمة تلك الالتزامات الملقاة على عاتق البائع، التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشترى. وجرى التقنين المدنى المصرى على التأثر بالقوانين اللاتينية فى الطريقة التى بموجبها تنتقل الملكية إلى المشترى. فالبيع ينشئ فى البداية التزاماً فى جانب البائع بنقل ملكية

---

(١) د. يعقوب يوسف صرخوة، الأسهم وتداولها فى الشركات المساهمة فى القانون الكويتى، رسالة من القاهرة، ١٩٨٢، ص ٣١٥.

(٢) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزاء الرابع، العقود التى تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ١٩٨٦، ص ٥١٢ وما بعدها.

(٣) ويقرر الأستاذان (Vauplane – Bornet) أن القواعد العامة فى عقد البيع تطبق فى مسائل تداول الأوراق المالية.

Vauplane (H. de) – Bornet (J – P.), Droit des marchés financiers, Lited, 1998, p. 52.

المبيع إلى المشترى، ثم ينفذ هذا الالتزام فوراً بحكم القانون، إذا توافرت الشروط المطلوبة، فتنتقل الملكية فعلاً إلى المشترى. لذا تقضى المادة ٢٠٤ مدنى بأن: "الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الإلتزام شيئًا معينًا بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل".

٣ـ هل تعد المادة الرابعة من القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ خروجاً على الأحكام العامة المنظمة لنقل ملكية المبيع:

بيد أن المادة ٤ من القانون رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون الإيداع والقيد المركزى للأوراق المالية تقضى بأن: "لا تنتقل ملكية الأوراق المالية التى تم إيداعها لدى الشركة إلا بإتمام تسوية العمليات التى أجريت عليها". فهل يعنى ذلك خروجاً من المشرع المصرى على الأحكام العامة المنظمة لنقل ملكية المبيع؟.

تقتضى الإجابة عن هذا التساؤل تتبع تطور طرق نقل الملكية فى النظم القانونية المختلفة، توطئة لفهم ما جاء بنص المادة الرابعة من قانون الإيداع والقيد المركزى، أخذين فى الحسبان الطبيعة الخاصة للأسواق المنظمة، وهى التى يجرى فيها التعامل على الأوراق المالية[1].

فى ضوء ما سبق، سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالى:

الباب الأول: التأصيل القانونى لنقل الملكية فى سوق الأوراق المالية.

الباب الثانى: التحليل القانونى لنقل الملكية فى سوق الأوراق المالية.

---

(١) راجع فى ذلك:

Lassalas (ch.), L'inscription en compte des valeurs, op. cit., p. 210 ets.

الباب الأول
التأصيل القانونى لنقل الملكية
فى سوق الأوراق المالية

المبحث الأول
مبدأ انتقال الملكية فور العقد

٤ ـ أ ـ انتقال الملكية فى القانون الرومانى:

لم يكن يترتب على العقد فى القانون الرومانى أثر فى نقل الملكية، وإنما كان ينحصر أثره فى إنشاء الالتزامات فحسب. فالقانون الرومانى يميز بين أمرين: الأول: العقد، أى العملية القانونية التى ينشأ عنها التزامات بين الطرفين. الثانى: انتقال الملكية الذى لا يتم إلا باتباع طرق خاصة ومتميزة عن العقد، وهى: الإشهاد أو التنازل القضائى أو التسليم. ثم زالت، فى مرحلة لاحقة، هذه الطرق، واكتفى الرومان بالتسليم كإجراء جوهرى لنقل الملكية[1].

ولم يستلزم القانون الرومانى أن يقع التسليم بطريقة مادية وفعلية[2]، فأجاز حصول التسليم بمجرد أن يترك البائع للمشترى استعمال الشئ موضوع

---

(١) راجع فى هذا الشأن:
د. عبد المنعم البدراوى، الوجيز فى عقد البيع، ١٩٨٥، ص ١٣٣؛ د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى القانون المدنى، الجزء الرابع، العقود التى تقع على الملكية، المرجع السابق، ص ٥١٤.
Beudant (C.), Cours de droit civil francais, T. 8, les contrats et les obligations, Rousseau, 1936, n° 315 et s.

(٢) وتتعدد طرق التسليم غير المادى فى القانون الرومانى، فيمكن أن يكون التسليم باليد الطويلة، وهو تسليم يتم بمجرد النظر إلى العقار من فوق ربوة عالية ومعاينة حدوده منها، ويجوز أن يكون التسليم رمزياً أى تسليم ما يرمز إلى الشئ ويمكن من الاستيلاء عليه كتسليم مفاتيح المنزل المبيع أو المخزن الموجود به الأمتعة المبيعة. وأجاز القانون الرومانى التسليم باليد القصيرة، وهو تسليم يتم بمجرد تغيير النية دون حاجة إلى انتقال الشئ مادياً، إذا كان الشئ المبيع موجوداً من قبل فى حيازة المشترى على سبيل=

التعاقد، وهو ما يطلق عليه شبه التسليم "quasi – tradition" [(1)]. ويرى البعض أن شبه التسليم هنا يختلط بالاتفاق، بحيث يمكن القول بظهور النواة الأولى لنقل الملكية بالعقد المنشئ لرابطة الالتزام[(2)].

٥ ـ ب ـ انتقال الملكية فى القانون الفرنسى القديم:

اعتنق القانون الفرنسى القديم الأحكام السابقة فى القانون الرومانى، فكان العقد لا ينقل الملكية ولا يرتب التزاماً بنقلها، وإنما يتعين تسليم الشئ المبيع، حتى تنتقل الملكية إلى المشترى. واستخدم شراح القانون الوسائل المألوفة لدى الرومان للتسليم غير المادى، مثل التسليم الرمزى والتسليم بتغيير نية البائع.

وفى مرحلة لاحقة من تطور القانون القديم، ألف المتعاملون أن يجعلوا هذا التسليم أمراً صورياً، فكانوا يضمنون عقودهم شرطاً يفيد أن البائع قد تخلى عن حيازة الشئ وأن المشترى قد تسلمه، وهو ما يعرف بشرط التسليم والتسلم. وبمقتضى هذا الشرط تنتقل الملكية من البائع إلى المشترى؛ لأن التسليم الحقيقى يعد قد وقع، برغم أنه لم يحدث فعليًا، وبمضى الوقت أصبح هذا الشرط من الشروط المألوفة فى العقود الناقلة للملكية، وبدأ بعض الشراح يقرون أن العقد بذاته ينقل الملكية ولم يكن ينصرف قصدهم بالطبع إلا للعقود المتضمنة شرط التسليم والتسلم[(3)].

=الإيجار أو العارية أو الوديعة مثلاً. وأخيراً يمكن أن يتم التسليم بمجرد أن يقرر البائع أنه يحوز من الآن الشئ المبيع لحساب المشترى وبالنيابة عنه.
أنظر. د. عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، ص ١٤.

(١) Beudent (C.), Cours de droit civil francais, op. cit., p. 232, n° 317: Ghestin (J.), Jamin (C.) – Billău (M.), Traité de droit Civil, les obligations, les effets du contrat, 2ᵉ éd. L. G. D. J., 1994, n° 363 et s.

(٢) Lassalas (ch.), L'inscription en compte des valeurs: La notion de propriété scriptural, op. cit., p. 212, n° 619.

(٣) د. عبد المنعم بدراوى، المرجع السابق، ص ١٣٤؛ د. عبد الرزاق السنهورى، المرجع السابق، ص ٥١٦.

٦ـ ج ـ انتقال الملكية فى القانون الفرنسى الحديث:

أقر القانون الفرنسى الحديث مبدأ انتقال الملكية والحقوق العينية بمجرد العقد، فحول بذلك المبدأ السائد عملاً فى القانون المدنى القديم إلى قاعدة قانونية، وأغنى بذلك الأفراد عناء النص على تضمين عقودهم شرطاً بالتسليم والتسلم، حتى تنتقل الملكية بمجرد التعاقد[١].

ويزخر القانون الفرنسى بالنصوص التى تكرس هذا المبدأ، فالمادة ٧١١ مدنى تقرر أن "ملكية الأشياء تكتسب وتنتقل بواسطة الهبات بين الأحياء أو الوصايا وبقوة الالتزامات". وتنص المادة ١١٣٨ مدنى على أن "الالتزام بتسليم شئ يعتبر تاماً بمجرد تراضى الطرفين المتعاقدين، وهو يجعل الدائن مالكاً ويجعل الشئ فى ضمانه من اللحظة التى كان واجب التسليم فيها، حتى ولو لم يقع تسليم بالفعل، وذلك ما لم يعذر المدين بتسليم الشئ، ففى هذه الحالة يظل ضمان الشئ على هذا الأخير". فمفاد نص المادة ١١٣٨ مدنى أن العقد يولد التزاماً بالتسليم وأن الوفاء بهذا الالتزام ضرورى لنقل الملكية، ولكنه يفترض تنفيذ هذا الالتزام بمجرد التعاقد؛ ولذلك يذهب البعض إلى القول بأنه إذا كانت الملكية تنتقل بمجرد التعاقد فى القانون الفرنسى، فإنه مع ذلك يأخذ، ضمنياً، بالتفرقة السائدة فى القانون الرومانى بين الاتفاق وطرق اكتساب الملكية أو انتقالها[٢].

علاوة على النصين السابقين، فإن مبدأ انتقال الملكية بمجرد العقد، تأيد بنصين آخرين، فهناك نص المادة ٩٣٨ مدنى الذى يقرر أن "الهبة التى حصل قبولها بموافقة القانون تعتبر تامة بمجرد تراضى الطرفين، وتنتقل ملكية الأشياء الموهوبة إلى الواهب دون حاجة إلى تسليم آخر"، ونص المادة ١٥٨٣ مدنى الذى يقرر أن "البيع يعتبر تاماً بين الطرفين وتنتقل الملكية بقوة القانون إلى المشترى منذ

---

(١) د. عبد المنعم بدراوى، المرجع السابق، ص ١٣٥.

(٢) **Lassalas (ch.), L'inscription en compte des valeurs, op. cit., p. 212, n° 620.**

اللحظة التى تم فيها الاتفاق على الشئ والثمن، ولو لم يسلم الشئ أو يدفع الثمن".

٧ـ د ـ انتقال الملكية فى التقنين المدنى المصرى:

أخذ المشرع بمبدأ انتقال الملكية فور العقد فى باب الملكية، وفى الفصل الخاص بأسباب كسب الملكية على وجه التحديد، فتنص المادة ٩٣٢ مدنى على أن "تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول والعقار بالعقد متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٢٠٤ وذلك مع مراعاة النصوص الآتية ...". وكذلك اعتنق ذات المبدأ نفسه فى كتاب الالتزامات، فتقضى المادة ٢٠٤ مدنى بأن "الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل".

وتقضى المادة ٢٠٥ مدنى بأنه "(١) إذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شئ لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشئ. ٢- ...".

ويتضح من النصوص سالفة الذكر فى القانون الفرنسى والقانون المصرى، أن الملكية تنتقل بمجرد التعاقد، وأن الاتفاق نفسه، بالانفصال عن تسليم الشئ محل العقد، كاف لانتقال الملكية، وبعبارة أخرى فإن رضاء الأطراف يؤدى، من ناحية، إلى إنشاء التصرف القانونى، ومن ناحية أخرى، إلى إحداث الأثر الناقل للملكية[1].

ولكن إذا كان الأمر متعلقاً بتداول أوراق مالية، فإنه يثار التساؤل عن مدى انطباق القواعد السابقة؟.

٨ ـ هـ ـ انتقال الملكية فى قانون الشركات:

تتوقف طريقة تداول الأسهم والأوراق المالية الأخرى على شكلها القانونى، فيقع التصرف بنقل ملكية الأسهم والأوراق المالية الأخرى التى تتخذ

---

(١) Lassalas (ch.), op. cit., p. 212, n° 621.

الشكل الاسمى بطريق القيد فى سجل الملكية التى تمسكه الشركة فى مقرها الرئيسى، وذلك بناء على إقرار يقدم إلى الشركة يتضمن اتفاق المتنازل والمتنازل إليه على التنازل عن الصك، وموقعاً عليه من كل منهما أو من ينوب عنهما، وذلك بمراعاة الأحكام القانونية المقررة لتداول الأوراق المالية. ويتم التأشير على الصك نفسه بما يفيد نقل الملكية باسم من انتقلت إليه[1]، وعلى الشركة أن تنقل ملكية الصك عن طريق القيد فى سجلاتها، خلال خمسة أيام من تاريخ تقديم الأوراق المتعلقة بالتصرف أو الواقعة الناقلة للملكية مستوفاة إليها[2].

وإذا كان المشرع فى مصر وفرنسا[3] قد نظم طريقة الأسهم الاسمية، على هذا النحو، فإن الرأى قد انعقد فى الفقه[4] والقضاء[5] على أن الملكية تنتقل

---

(١) المادة ١٢٠ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ منشورة بالوقائع المصرية العدد ١٤٥ تابع فى ١٩٨٢/٦/٢٣.

(٢) المادة ١٢١ من اللائحة التنفيذية.

(٣) وتنتقل ملكية الصكوك الاسمية فى القانون الفرنسى بالقيد فى سجلات الشخص المعنوى المصدر للصك، إعمالاً للمادة ٢٦٥/ ٢ من قانون ٢٤ يولية ١٩٦٦.
راجع فى ذلك:
Hamel (J.) – la garde (G.) – Jauffret (A.), droit commercial, Tome 1, 2e édition, 2e volume, par la garde (G.), 1980, Dalloz, n° 525 et s.; Delleci (J.-M.), Le nouveau droit de propriété des titres négociés, J. C. P. E., 1994, 368, n° 5.

(٤) انظر فى الفقه المصرى:
أستاذنا د. فريد العرينى، القانون التجارى، شركات الأموال، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠١، ص ٢٧٨؛ د. على حسن يونس، الشركات التجارية، الشركات ذات المسئولية المحدودة وشركات المساهمة والتوصية بالأسهم، ص ٣٣٣، وراجع المراجع العديدة التى أشار إليها للتدليل على انتقال الملكية فور العقد؛ د. سميحة القليوبى، الشركات التجارية، الجزء الثانى، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ٢٦٤.
وفى الفقه الفرنسى:
Delleci (J.M.), Le nouveau droit de propriété des titres négociés, op. cit., 368, n° 5.

(٥) جاء فى حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ١٩٨١/٥/٤ ما نصه "إنه ولئن كانت ملكية الأسهم تنتقل من البائع إلى المشترى بمجرد الاتفاق بينهما على ذلك ما دامت الأسهم المبيعة تتعين بالذات، طبقاً للمادة ٢٠٤ من القانون المدنى، التى تنص على أن الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل=

من المتنازل إلى المتنازل إليه بمجرد الاتفاق، أما القيد فى سجلات الشركة فهو إجراء لازم لسريان اتفاق التنازل فى مواجهة الشركة والغير، وليس لانتقال الملكية بين المتنازل والمتنازل إليه، واستندت محكمة النقض المصرية فى ذلك إلى أن الأوراق المالية تعد من الأشياء المعينة بالذات، وبالتالى تنتقل ملكيتها من البائع إلى المشترى بمجرد الاتفاق.

أما الأسهم لحاملها فتتداول بطريق التسليم[1] ، بانتقال حيازتها المادية من المتنازل إلى المتنازل إليه، ويعتبر حائزها مالكاً لها؛ لأن الحق الثابت فى السهم يندمج فى الصك نفسه فتعد حيازته دليلاً على الملكية، وتكفى الحيازة لإثبات ملكية السهم، سواء أكان هذا بين طرفى عقد التنازل أم فى مواجهة الشركة والغير.

وتتداول أخيراً الأسهم لأمر عن طريق التظهير الناقل للملكية، وهذا النوع من الأسهم نادر من الناحية العملية، ولم يرد بشأنه تنظيم فى القانون المصرى.

=الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل، وكانت المادة ٣٩ من قانون التجارة حين استلزمت قيد الأسهم الاسمية فى دفاتر الشركة قد استهدفت من ذلك فرض قيد على حرية تداولها وجعلت من هذا القيد مناطاً لإثبات ملكيتها والتنازل عنها".

(الطعن رقم ٢٢٢٩ سنة ٤٧ق، جلسة ١٩٨١/٥/٤، مشار إليه فى قضاء النقض التجارى، لأحمد حسنى، ٢٠٠٠، منشأة المعارف، ص ٥٠٤).

وفى القضاء الفرنسى:

Cass. 1er civ. 20 Mars 1977: Bull. Civ. I, n° 143; Cass. Com. 18 févr. 1980: Bull. Civ. IV, n° 65.

وراجع الأحكام التى وردت فى مؤلف د. على حسن يونس، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

(١) Deleci (J.-M.), op. cit., n° 5.

وكانت المادة ١/٢٦٥ من قانون الشركات الفرنسية رقم ٢٤ يوليو ١٩٦٦ تقضى قبل تعديلها بأن ملكية الأسهم لحاملها تنتقل بالتسليم، وكذلك المادة (٣٨) من المجموعة التجارية قبل إلغائها تقضى بأنه يجوز أن يكون سند الأسهم فى صورة سند لحامله، وفى هذه الحالة يحصل التنازل عن السند بتسليمه من يد إلى أخرى. وتجدر الإشارة إلى أنه أصدر المشرع قوانين يوليو الاشتراكية، فتطلب أن تأخذ أسهم شركات المساهمة الشكل الإسمى، حتى يمكن التعرف على جنسية الشركاء فيها، وذلك بمقتضى القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٦١. وقد أخذ قانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بذات المبدأ، فقضت المادة ١/٣١ بضرورة أن تكون جميع الأسهم اسمية، ثم أجاز المشرع المصرى بعد ذلك فى المادة الأولى من قانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، إصدار أسهم لحاملها لها جميع الحقوق التى للأسهم الاسمية عدا التصويت.

٩ ـ د ـ انتقال الملكية فى قوانين الإيداع المركزى:

بصدور القانون الفرنسى رقم ٣٠ ديسمبر ١٩٨١ ولائحته التنفيذية[١] اعترى التغيير الأوراق المالية، فبعد أن كانت فى شكل صك ورقى مطبوع، أصبحت عبارة عن قيد حسابى. وصار تداولها يتم عن طريق نقلها من حساب البائع إلى حساب المشترى. فالمادة الأولى من اللائحة التنفيذية الصادرة فى ٢ مايو ١٩٨٣ تقضى بأن صكوك القيم المنقولة لا تكون مادية إلا بالقيد فى حساب مالكها. وتنص المادة الثانية من اللائحة على أن الصكوك المقيدة فى الحساب تنقل بطريق التحويل من حساب إلى حساب آخر.

وفى ظل هذه الأحكام، فإن قضاء النقض الفرنسى ذهب إلى أن النصوص المتعلقة بإلغاء الشكل المادى للقيم المنقولة ليس من شأنها تعديل القواعد المتعلقة بنقل الملكية التى تتم بين طرفى عقد بيع الصكوك بمجرد التعاقد[٢]، وأن هذه النصوص تهدف إلى تحديد الأساليب التى بمقتضاها تكون القيم المنقولة مقيدة فى الحساب ومنقولة من حساب لآخر، دون أى أثر يتصل بنقل الملكية[٣].

مفاد ما سبق، أن التجديد الذى اعترى أشكال نقل الأوراق المالية وطرقها فى فرنسا لم يستطع أن يقتلع الأحكام التى رسخت فى القانون الفرنسى، بعد تطور طويل، والتى تقضى بإنتقال ملكية الشئ المبيع بمجرد العقد[٤].

أما فى مصر، فإن المادة ٤ من القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون الإيداع والحفظ المركزى تنص على أنه "لا تنتقل ملكية الأوراق المالية التى تم إيداعها لدى الشركة إلا بإتمام تسوية العمليات التى أجريت عليها". وقبل صدور هذا القانون كانت المادة ١٠٠ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال

---

(١) L'article 94 – 11 de la loi n° 81 – 1160 du 30 Décembre 1981 et le décret n° 83 – 359 du mai 1983.

(٢) Cass. Com. 29 Nov. 1988: Bull. Civ. IV, 1988, n° 322.

(٣) Cass. Com. 23 nov. 1993: Bull. Civ. I, 1993; Dr. société, fév. 1994, n° 2, p. 18, n° 41, note Hovasse (H.).

(٤) Lassalas (Ch.), *L'inscription en compte des valeurs*, op. cit., p. 214.

تنص على أن "تنتقل ملكية الأوراق المالية الاسمية المقيدة بإتمام قيد تداولها بالبورصة بالوسائل المعدة لذلك ..... وعلى إدارة البورصة إخطار الجهة مصدرة الورقة بانتقال الملكية خلال ثلاثة أيام من تاريخ القيد ...". فهل يمكن فى ظل تلك النصوص القول بانتقال ملكية الصكوك المتداولة بين المتعاقدين بمجرد التداول، فى ضوء قضاء محكمة النقض الفرنسية سالف الإشارة إليه؟

يمكننا أن نجيب عن هذا التساؤل إلا بعد أن نستعرض التطور الذى لحق بالقانون الفرنسى فى هذا الشأن، ونتناول بالتحليل ما استحدثه المشرع الفرنسى والمشرع المصرى من أحكام.

المبحث الثانى

تأجيل انتقال الملكية إلى ما بعد التعاقد

١٠ ـ مبررات التأجيل:

استقر الفقه والقضاء على أن نقل ملكية الأوراق المالية يقع بمجرد التعاقد. بيد أن الأثر الناقل للعقد لا ينسجم مع آليات التعاقد والتنفيذ فى سوق الأوراق المالية، وهو ما يفضى إلى العديد من الآثار السلبية للتعاملات فى أسواق المال، لذا تدخل المشرع، فى فرنسا ومصر، بتعطيل قاعدة الأثر الناقل للعقد.

فى ضوء ما سبق، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالى:

المطلب الأول: آليات التعاقد والتنفيذ فى سوق الأوراق المالية.

المطلب الثانى: طبيعة التعامل فى الأوراق المالية وتعطيل الأثر الناقل للعقد.

المطلب الأول

آليات التعاقد والتنفيذ فى سوق الأوراق المالية

١١ ـ مظاهر السوق المنظمة:

نقطة البدء فى عمليات التداول هى صدور أمر من العميل إلى شركة السمسرة التى يتعامل معها، يخطرها فيه برغبته فى إجراء عملية من عمليات البورصة. ويسمى الأمر أمر الشراء (ordre d'achat) إن كانت رغبة العميل هى الشراء، وأمر بيع (order de vente) إن كانت رغبة العميل هى البيع.

ويطلق على هذه الأوامر بنوعيها عبارة "أوامر البورصة" (orders de bourse).

وتتم عمليات تداول الأوراق المالية فى أسواق منظمة: فمن ناحية لا يجوز للمتعاملين فى الأوراق المالية إبرام الصفقات إلا من خلال الوسطاء الماليين. ومن ناحية ثانية فإن عمليات المقاصة والتسوية لا تقع بين طرفى عملية التداول، وإنما بين كل وسيط مالى، من جهة، وغرفة المقاصة فى القانون الفرنسى وشركة الإيداع المركزى فى القانون المصرى من جهة أخرى. ومن ناحية ثالثة فإن التسوية لا تتم بشأن كل عملية استقلالاً عن العمليات الأخرى، بل تمتد إلى سائر العمليات التى أجراها الوسيط المالى فى نهاية يوم عمل البورصة.

وتمر عمليات تداول الأوراق المالية بالمراحل الآتية[1].

١٢ ـ أولاً: مرحلة ما قبل التنفيذ:

يصدر أمر الشراء أو أمر البيع من العميل إلى شركة السمسرة، وينبغى أن يتضمن الأمر تحديد المسائل الآتية: **أولاً**: نوع وكمية الأوراق المالية التى يريد العميل شراءها أو بيعها. **ثانياً**: اسم أمين الحفظ الذى يضطلع بإدارة الأوراق المالية المبيعة أو المشتراة. **ثالثاً**: مدة سريان أمر الشراء أو أمر البيع[2].

ولدى استلامها أمر الشراء، تبادر شركة السمسرة إلى إخطار أمين الحفظ الذى يدير حسابات العميل بهذا الأمر[3]. ويناط بأمين الحفظ مطابقة بيانات

---

(١) وتجدر الإشارة إلى أن تلك المراحل تتعلق فقط بالعمليات التى تجرى على أوراق مالية غير مادية، وهى تتم فى المواعيد المنصوص عليها فى ملحق اللائحة التنفيذية لقانون الإيداع والقيد المركزى الصادر بقرار وزير التجارة الخارجية رقم ٩٠٦ لسنة ٢٠٠١، ويرمز ليوم التنفيذ بالحرف (T).

(٢) المادة ١١ من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية والمرفق باللائحة التنفيذية لقانون الإيداع والقيد المركزى للأوراق المالية الصادرة بقرار وزير التجارة الخارجية رقم ٩٠٦ لسنة ٢٠٠١.

(٣) وتنص المادة ٨ من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية على التزام كل مستثمر يرغب فى الاستثمار فى الأوراق المالية المودعة لدى شركة الإيداع والقيد المركزى باختيار أحد أمناء الحفظ المرخص لهم من الهيئة، وتوقيع عقد إدارة حسابات أوراق مالية معه.

العميل الواردة فى أمر الشراء مع البيانات المدونة بأمين الحفظ لديه عن العميل المشترى والتيقن من صحتها[1]. فإذا تحقق من سلامة البيانات، قام بتسجيل أمر الشراء على نظام إدارة حسابات الأوراق المالية الموجودة لديه[2]. ويخصص لكل عميل كوداً يتم التعامل من خلاله فى البورصة[3].

وإذا تعلق أمر البورصة بعملية بيع، تطلب شركة السمسرة من أمين الحفظ حجز الأوراق المالية التى يراد بيعها فى حساب العميل[4]، ويتعين على أمين الحفظ، فى هذه الحالة، إخطار شركة السمسرة بمدى كفاية رصيد العميل من الأوراق المالية، لتنفيذ عملية البيع وتسجيل أمر البيع على نظام إدارة حسابات الأوراق المالية لديه[5].

ويبقى حجز الأوراق المالية المعروضة للبيع للمدة المحددة بأمر البورصة الصادر بالبيع، فإذا لم يحدد أمر البورصة مدة معينة لسريانه، تبقى الأوراق محجوزة للمدة التى تحدد بقواعد العمل بنظام الإيداع المركزى[6].

١٢ـ ثانياً: مرحلة التنفيذ[7]:

إذا صادف أمر الشراء أو البيع الصادر من العميل قبولاً من آخر، نفذت عملية التداول آلياً عبر نظام التعامل الإلكترونى، شريطة مراعاة القواعد والإجراءات المحددة فى القانون ولائحته التنفيذية[8].

---

(١) المادة ١٣ من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية.
(٢) المادة ١٤ من ملحق عمليات إجراءات المقاصة والتسوية.
(٣) وتنص المادة ٩ من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية على أن يلتزم أمين الحفظ الذى وقع عقداً مع العميل لإدارة حسابه من الأوراق المالية أن يستصدر له كوداً موحداً من البورصة، وأن يخطره به فور صدوره، وأن يفتح له حساب أوراق مالية على النظام الآلى لإدارة حسابات الأوراق المالية لديه، ولا يجوز فتح حساب الأوراق المالية المشار إليه قبل التعاقد مع العميل.
(٤) المادة ٢٤ من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية.
(٥) المادة ٢٦ من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية.
(٦) المادة ٢٧ من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية.
(٧) تقضى المادة (٢) من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية بأن يوم التنفيذ هو يوم تنفيذ عمليات البيع والشراء بالبورصة يرمز له بالحرف (T).
(٨) المادتان ١٥ و ٢٨ من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية.

١٤ ـ ثالثاً: التمهيد لعمليات المقاصة والتسوية للصفقات المنفذة:

عقب نهاية يوم عمل البورصة، ينفذ العديد من الإجراءات التى تهدف إلى المقاصة بين الصفقات التى نفذها الوسطاء الماليون وتسويتها مالياً[١]. ونتناولها فيما يلى:

١٥ـ أـ الإخطار بعمليات التداول المنفذة[٢]:

فور انتهاء جلسة التداول، تقوم إدارة البورصة بإخطار شركة الإيداع والقيد المركزى بعمليات الشراء والبيع المنفذة بجلسة التداول، وذلك من خلال نظام الحاسب الآلى[٣]. كما تقوم، أيضاً، بتسليم شركات السمسرة كشفاً بعمليات الشراء المنفذة بمعرفتها[٤].

ويناط بشركة الإيداع والقيد المركزى إخطار أمناء الحفظ بعمليات الشراء والبيع المنفذة والمتعلقة بعملائهم[٥].

١٦ – ب ـ المطابقة بين العمليات المنفذة والأوامر المسجلة:

عند إخطاره بعمليات الشراء، يقوم أمين الحفظ بالمطابقة بين عمليات الشراء المتعلقة بعملائه، وأوامر الشراء الصادرة منهم والمسجلة لديه. فإذا تمت

---

(١) وتقرر مقدمة ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية بأن المبادئ الأساسية لنظام المقاصة والتسوية هى أربعة:

١- تطبيق مبدأ التسليم مقابل الدفع (D. V. P.) "ويقصد بذلك قيام كل طرف من أطراف عملية التداول بالوفاء بالتزاماته تجاه الطرف الآخر فى نفس التوقيت من خلال شركة الإيداع والقيد المركزى، حيث لا يتم تسليم المشترى الأوراق المالية إلا فى حالة كفاية رصيده لإتمام العملية ولا يتم الدفع النقدى للبائع إلا بعد قيامه بتسليم الأوراق المالية".

٢- الوساطة بين شركات السمسرة فى الأوراق المالية فى استلام وتسليم الأوراق المالية محل عمليات التداول.

٣- إتمام عمليات المقاصة والتسوية المالية محل عمليات التداول.

٤- إتمام عمليات المقاصة والتسوية المالية للعمليات التى تقع على الأوراق المالية خلال المواعيد المحددة لها.

٥- تسوية المراكز القانونية الناشئة عن عمليات التداول.

(٢) وينص ملحق عمليات المقاصة والتسوية على إتمام الإخطار فى ذات يوم تنفيذ العملية.

(٣) المادتان ١٦ و ٢٩ من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية.

(٤) المادتان ١٧ و ٣٠ من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية.

(٥) المادتان ١٨ و ٣١ من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية.

المطابقة، أرسل أمين الحفظ موافقته آلياً على تسلم الأوراق المالية المشتراة تمهيداً لإضافتها فى حساب عميله[1].

أما إذا كانت الصفقات المنفذة عمليات بيع، فإن أمين الحفظ يقوم بالمطابقة بين عمليات البيع المتعلقة بعملائه، وأوامر البيع الصادرة منهم والمسجلة لديه. فإذا تمت المطابقة، أرسل أوامر تحويل لشركة الإيداع والقيد المركزى للأوراق المالية محل العمليات المنفذة التى سبق أن أصدر لها موافقة وقام بحجزها لتنفيذ عملية البيع[2].

١٧ ـ ج ـ الوفاء بالالتزامات المتولدة عن الصفقات المبرمة:

تتنوع الالتزامات الملقاة على عاتق الوسيط المالى بحسب نوع الصفقة وبحسب كونها صفقة شراء أو بيع:

١٨ ـ ١ ـ عمليات الشراء:

يقوم الوسيط المالى (شركة السمسرة) بزيادة القيمة النقدية لحسابه فى بنك المقاصة[3]، بما يكفى لتسوية عمليات الشراء المنفذة بمعرفته، آخذاً فى الحسبان حصيلة عمليات البيع التى تتم تسويتها لحسابه[4].

وتلتزم بنوك المقاصة بإخطار شركة الإيداع والقيد المركزى بالأرصدة النقدية المتوفرة فى حساب الوسطاء الماليين لديها. ويأخذ الإخطار شكل إرسال ملف الأرصدة على نظام الحاسب الآلى إلى شركة الإيداع فور انتهاء ساعات التعامل مع العملاء[5].

---

(١) المادة ١٣ من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية.

(٢) المادة ٣٣ من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية.

(٣) وتنص المادة ٣ من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية على أن "تلتزم كل شركة سمسرة فى الأوراق المالية أو أى جهة أخرى تتم التسوية المالية على حسابها مباشرة لدى أحد بنوك المقاصة بالتالى: =

١- فتح حساب تسوية بالجنيه المصرى وآخر بالدولار الأمريكى.
٢- فتح حساب جار دائن بالجنيه المصرى وآخر بالدولار الأمريكى.
٣- تفويض الشركة بالاطلاع والخصم والإضافة من حساباتها وإليها لدى بنوك المقاصة؛ وذلك لتسوية المراكز المالية الناتجة عن عمليات الأوراق المالية".

(٤) المادة ٢٠ من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية.

(٥) المادة ٢١ من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية.

وتقوم شركة الإيداع بتغذية الحسابات النقدية لأعضاء التسوية لديها[1] فى النظام الآلى للتسوية بالأرصدة الواردة من بنوك المقاصة[2].

١٩ ـ ٢ـ عمليات البيع:

تقوم شركة الإيداع والقيد المركزى بالتأكد من وجود أرصدة أوراق مالية للعملاء البائعين تكفى لتسوية هذه العمليات، وتخطر ذوى الشأن بالحالات التى يتم فيها تنفيذ عمليات البيع مع عدم وجود رصيد أوراق مالية لدى العميل البائع[3].

٢٠ ـ رابعاً: إجراء عمليات المقاصة والتسوية للصفقات المبرمة[4]:

تؤدى شركة الإيداع المركزى دوراً أساسياً فى إتمام عمليات المقاصة والتسوية، وسنبين ذلك فيما يلى تفصيلاً، مع التمهيد بشرح المبادئ التى يقوم عليها نظام المقاصة والتسوية:

٢١ ـ أ ـ المبادئ الأساسية التى تحكم نظام المقاصة والتسوية:

يرتكز نظام المقاصة والتسوية على أربعة مبادئ أساسية هى:

١- التسليم مقابل الدفع (D. V. P): ويقصد بذلك قيام كل وسيط مالى بالوفاء بالالتزامات الناتجة عن عمليات التداول تجاه الوسيط الآخر فى ذات الوقت من خلال شركة الإيداع والقيد المركزى.

٢- وساطة شركة الإيداع والقيد المركزى بين شركات السمسرة فى الأوراق المالية فى استلام وتسليم الأوراق المالية محل عمليات التداول.

---

(١) تقضى المادة الخامسة من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية بأن "تلتزم الشركة بفتح حسابات أوراق مالية وحسابات نقدية على النظام الآلى لديها لكل عضو تسوية تتم من خلالها التسوية الورقية والنقدية لعمليات التداول الخاصة به".

(٢) المادة ٢٢ من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية.

(٣) المادة ٣٢ من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية.

(٤) راجع فى نظام المقاصة والتسوية فى القانون الفرنسى:

Vauplane (H. de) – Bronet (J.-P.), Droit de marchés financiers, op. cit., p. 513 et s; Brochot (C.), La réforme des procédures de règlement – livraison, thèse, Paris x, 1988.

٣- إجراء المقاصة والتسوية المالية للعمليات التى تتم على الأوراق المالية خلال المواعيد المحددة لها. وتقوم شركة الإيداع والقيد المركزى بإتمام التسوية المالية على أساس الفرق بين قيمة عمليات الشراء التى تتم تسويتها على حساب عضو التسوية وبين قيمة عمليات البيع التى تتم تسويتها لحسابه مضافاً إليها رصيده الدائن فى حساب التسوية الخاص به لدى بنك المقاصة. ويتم ذلك فى كل يوم تسوية[١].

٤- تسوية المراكز المالية الناشئة عن عمليات التداول. ويتدخل صندوق ضمان التسوية لتغطية العجز فى حساب الوسيط المالى عضو التسوية بعد إجراء عمليات المقاصة، ثم يرجع عليه بعد ذلك بقيمة ما غطاه وفقاً للقواعد والإجراءات المنظمة لعمل صندوق ضمان التسويات[٢].

٢٢ ـ ب ـ دور شركة الإيداع والقيد المركزى فى التنفيذ النهائى لعمليات التداول عقب إنهاء عملية المقاصة والتسوية بين شركات الوسطاء الماليين:

تقوم شركة الإيداع والقيد المركزى بالتنفيذ النهائى لعمليات التداول عقب إتمام عملية المقاصة والتسوية بين الوسطاء الماليين وفقاً لما يلى:

١- تحويل الأوراق المالية محل عملية التداول من حساب العميل البائع لدى أمين الحفظ الذى يدير حسابه إلى حساب العميل المشترى لدى أمين الحفظ الذى يدير حسابه[٣].

---

(١) المادة (٤) من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية.
وينصرف مفهوم عضو التسوية إلى شركة السمسرة فى الأوراق المالية أو أى جهة أخرى تتم التسوية على حسابها مباشرة فى بنوك المقاصة (م٢ من الملحق).

(٢) وتفرض المادة ١٨ من قانون الإيداع والقيد المركزى على شركة الإيداع المركزى بإنشاء وإدارة صندوق ضمان التسويات، فتقضى بأن "على الشركة أن تنشئ وتدير صندوقاً لضمان الوفاء بالالتزامات الناشئة عن عمليات الأوراق المالية يلتزم الأعضاء بالاشتراك فيه، ويصدر بنظامه وبقواعد الاشتراك فيه قرار من مجلس إدارة الهيئة بناء على عرض مجلس إدارة الشركة".

(٣) المادة ١/٣٥ من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية.

٢- يتم خصم قيمة عمليات التداول التى تتم تسويتها من الحساب النقدى لعضو التسوية البائع وإضافتها فى الحساب النقدى لعضو التسوية[١].

٣- تسليم بنوك المقاصة كشوف حساب إجمالية يومية لكل عضو تسوية تتضمن ناتج التسوية الدائن أو المدين. وتقوم بنوك المقاصة فور إستلامها كشوف التسوية بإضافة الأرصدة الدائنة إلى حساب عضو التسوية لديها وخصم الأرصدة المدينة منه، بحيث تنعكس نتيجة التسوية على حسابات أعضاء التسوية فى ذات اليوم[٢].

٢٣ـ خامساً: الإخطار بعمليات التداول التى تمت تسويتها:

تقوم شركة الإيداع المركزى بإخطار أعضاء التسوية وأمناء الحفظ بالعمليات المنفذة على النحو التالى:

٢٤ـ أ ـ إخطار عضو التسوية:

تقوم شركة الإيداع والقيد المركزى عقب التنفيذ النهائى لعمليات التداول بتسليم كل عضو من أعضاء التسوية كشف حساب يتضمن جميع عمليات التداول التى تمت تسويتها لحسابه. ويجب أن يتطابق صافى ناتج التسوية فى الكشف الإجمالى المسلم إلى بنك المقاصة لكل عضو من أعضاء التسوية مع صافى ناتج التسوية فى الكشف التفصيلى المسلم للعضو.

وتقوم شركة السمسرة فور استلامها كشف حساب التسوية من الشركة بإخطار عميلها بتمام تسوية عمليات البيع أو الشراء الخاصة به[٣].

٢٥ـ ب ـ إخطار أمناء الحفظ:

تقوم شركة الإيداع والقيد المركزى بتسليم أمناء الحفظ للعملاء البائعين كشوف حساب تفصيلية بالعمليات التى تمت تسويتها بخصم أوراق مالية من

---

(١) المادة ٣٥/ ٢ من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية.
ويلاحظ أن عضو التسوية يقصد به شركة السمسرة فى الأوراق المالية أو أى جهة أخرى تتم التسوية على حسابها مباشرة فى بنوك المقاصة (م٢ من الملحق).

(٢) المادة ٣٥/ ٣ من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية.

(٣) المادة ٣٦ من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية.

أرصدة عملائهم لديهم[1]. ويقوم أمين الحفظ فور استلامه كشف حساب التسوية من الشركة بإصدار كشف حساب للعميل البائع يوضح رصيده من الأوراق المالية لديه بعد تسوية عملية البيع[2].

كما تقوم شركة الإيداع والقيد المركزى بتسليم أمناء الحفظ للعملاء المشترين كشوف حساب تفصيلية بالعمليات التى تمت تسويتها بإضافة أوراق مالية إلى أرصدة عملائهم لديهم[3]. ويقوم أمين الحفظ فور استلامه كشف حساب التسوية من الشركة بإصدار كشف حساب العميل المشترى يوضح فيه إضافة الأوراق المالية المشتراة إلى حسابه بعد تسوية عمليات الشراء[4].

المطلب الثانى
طبيعة التعامل فى الأوراق المالية
وتعطيل الأثر الناقل للعقد

٢٦- تمهيد:

أثارت قاعدة الأثر الناقل لعقد التداول العديد من المشكلات (الفرع الأول) وهو ماحدا بالمشرع إلى التدخل بالتعديل التشريعى، بتحديد تاريخ آخر لنقل الملكية (الفرع الثانى).

الفرع الأول
الآثار السلبية لقاعدة الأثر الناقل للعقد

٢٧ - ١- مباشرة الحقوق المتصلة بالصك:

ثار التساؤل عن من له الحق فى مباشرة الحقوق المقررة لحامل الورقة المالية، فى الفترة الانتقالية بين عملية التداول بتنفيذ أوامر البورصة وقيد الورقة المالية فى حساب المالك الجديد، وهل هو بائع الورقة أو المشترى لها؟.

وتقضى القواعد العامة بأن مشترى الورقة يعد مالكاً لها منذ تنفيذ أوامر البورصة، أى انعقاد عقد البيع. وفى ذات الوقت، فإن حق المالك الجديد لا

---

(١) المادة ٣٥/ ٦ من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية.
(٢) المادة ٣٧ من ملحق عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية.
(٣) المادة ٣٥/ ٧ من عمليات وإجراء المقاصة والتسوية.
(٤) المادة ٣٨ من عمليات وإجراءات المقاصة والتسوية.

يسرى فى مواجهة الشركة والغير؛ لأن الورقة ما زالت مقيدة باسم البائع الذى يستفيد حينئذ من قرينة الملكية (presomption de propriété)، ويمكنه أن يباشر الحقوق المرصودة لحامل الورقة.

وتطبيق تلك القواعد يفضى إلى مفارقة واضحة، فالمالك الحقيقى لا يمكنه أن يباشر حقوقه المقررة بصفته مالكاً للورقة، فى حين يكون للمالك القديم جميع امتيازات حامل الورقة، رغم أن الملكية لم تعد ثابتة له[1].

٢٨ - ٢ - حالات عدم تسليم الأوراق المبيعة:

إعمالاً لقاعدة الأثر الناقل للعقد، تنتقل ملكية الورقة المالية بين البائع والمشترى فى تاريخ التداول، وتتحرك، بالتبعية، حسابات مصدر الأمر لدى الوسيط المالى فى يوم تنفيذ الأوامر نفسه فى الأسواق الفورية، وفى اليوم الأخير من شهر البورصة فى أسواق السداد الشهرى، وينجم عن ذلك استفادة مصدر الأمر من قيد الأوراق المالية فى حسابه، حتى فى الحالات التى تحقق فيها عملية التداول بسبب عدم قيام بائع الورقة بتسليمها[2].

٢٩- ٣- زيادة عدد ملاك الأوراق المالية عن الحقيقة:

يؤدى تراخى واقعة قيد الأوراق فى حساب المالك الجديد عن عملية التداول إلى زيادة مصطنعة وغير حقيقية فى عدد ملاك الأوراق المالية، فوفقاً للقواعد العامة، فإن الملكية لا يمكن أن تنتقل إلى المشترى إذا كان البائع ليست لديه الأوراق موضوع التعامل، وفى ذات الوقت، فإنه وفقاً لقاعدة الأثر الناقل للعقد، فإن المشترى يعد مالكاً بمجرد العقد[3].

---

(١) Lassalas (ch.), L'inscription en compte des valeurs, op. cit., p. 219; Peltier (F.), Chronique financière et boursière, Banque et droit, n° 33, janvier – février, 1994, p. 54.

(٢) Vauplane (H. de) – Bornet (J.-P.), droit des marchés financiers, op. cit., p. 69; Lasslas (ch.), L'inscription en compote des valeurs, op. cit., P. 219 et s.

(٣) Lassalas (ch.), L'inscription en compte des valeurs, op. cit., p. 220.

الفرع الثانى
طرق تفادى الآثار السلبية لقاعدة
الانتقال الفورى للملكية

٢٠ـ اتجاهان تشريعان:

تدخل المشرع الفرنسى لتفادى الآثار السلبية لقاعدة الأثر الناقل للعقد، واضعاً فى حسبانه الطبيعة الخاصة لعمليات تداول الأوراق المالية التى تتمثل فى:

١- تدخل العديد من الوسطاء فى تنفيذ عمليات التداول توطئة لقيد الورقة فى حساب مالكه الجديد ما بين شركة السمسرة وأمين الحفظ وغرفة المقاصة وشركة الإيداع المركزى وغيرها.

٢- تسوية عمليات التداول جماعياً، بين كل وسيط مالى من جهة وغرفة المقاصة من جهة أخرى.

ومن ثم أضاف مادة جديدة إلى قانون ٣ يناير ١٩٨٣ تقضى بأنه فى حالة إجراء حوالة فى الأسواق المنظمة للصكوك المالية المقيدة فى حسابات الشخص المعنوى المصدر أو الوسيط المالى المعتمد، تنتقل ملكية الصكوك المالية من تاريخ قيدها فى حساب المشترى لها، فى التاريخ وبالشروط المقررة فى البورصة التى يتم التعامل بها. فإذا لم يكن حساب صكوك الوسيط المالى للمشترى دائناً بالصكوك موضوع التعامل فى التاريخ وبالشروط المقررة فى البورصة التى يتم التعامل بها، فإن انتقال الملكية يعد مفسوخاً بقوة القانون، على الرغم من أى نص تشريعى يقر حكماً مخالفاً، ودون إضرار بحق الرجوع المقرر لمشترى الصكوك المالية[١].

---

(١) انظر فى نقل ملكية الأوراق المالية وفقاً للنظام الجديد بالقيد فى الحساب المراجع الآتية:

Gizard (B.) – Vauplane (H.de), Le transfert des titres cotés: Banque, mars 1994, n° 546; Peltier (F.), Le transfert de propriété des titres sur les marches règlementés: banque et=

وبهذه الأحكام الجديدة لم تعد الملكية تنتقل بمجرد العقد، وإنما فى تاريخ القيد فى الحساب الذى يختلف تحديده من بورصة إلى بورصة، وفقاً للوائح المعمول بها. ومن تاريخ القيد فى الحساب، تنتقل الملكية إلى حامل الصك الجديد الذى يمكنه مباشرة جميع الحقوق المتصلة بالصك، وبذلك لا يكون فى تاريخ تنفيذ أوامر البورصة مالكاً: أحدهما يكون محروماً من حقوقه على الرغم مَن أنه المالك الحقيقى للصك، والآخر يكون متمتعاً بكل الحقوق على الرغم من خروج الحق من ذمته المالية.

فإذا تبين عند إعمال قواعد المقاصة والتسوية التى تكون لاحقة للقيد فى الحساب فى القانون الفرنسى أن حساب الوسيط المالى للمشترى لم يكن دائناً بالصكوك موضوع التعامل، فإن العقد يكون منفسخاً بقوة القانون وبأثر رجعى من تاريخ القيد فى الحساب، حتى لو كان ثمة نص تشريعى يقرر حكماً مغايراً[1].

ولا تؤثر أحكام تراخى انتقال ملكية الورقة المالية إلى تاريخ القيد فى الحساب على التزامات طرفى عقد التداول، فتكون رابطة الالتزام بما ترتبه من آثار قائمة بينهما من تاريخ تنفيذ الأوامر لا من تاريخ انتقال الملكية.

وحذا المشرع المصرى حذو زميله الفرنسى، فلم يأخذ بقاعدة الأثر الناقل لعقد التداول، ولكنه فى ذات الوقت، لم يأخذ بقاعدة انتقال الملكية بالقيد فى الحساب مع الشرط الفاسخ عند عدم الوفاء بالالتزام، بل ربط انتقال الملكية بتسوية العمليات التى تجرى على الورقة المالية فعلياً، ولذلك نصت المادة

=droit, janv.- févr. 1994, n° 33; Merkin (C.) – Saint – Mars (B. de), transfert de propriété sur le marché de valeurs mobilières, R. D. bancaire et bourse, n° 41, p. 2; Goutay (Ph.), le transfert de propriété des titres cotés, thèse, Paris IX, 1997.

(١) راجع فى انتقال الملكية بالقيد فى الحساب مع الشرط الفاسخ للملكية بأثر رجعى، عند عدم الوفاء بالالتزام:
Merkin (C.) – Saint Mars (B. de), Clause résolutoire et transfert de propriété sur le marché des valeurs mobilières, R. D. bancaire et bourse, 1994, n° 44, p. 163.

٤ من القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ على أنه "لا تنتقل ملكية الأوراق المالية التى تم إيداعها لدى الشركة إلا بإتمام تسوية العمليات التى أجريت عليها"[1].

(١) Lassals (ch.), L'inscription en compte de valeurs, op. cit., p. 225.

الباب الثانى
التحليل القانونى لنقل الملكية
فى الأسواق المنظمة

٢١ـ ارتباط نقل الملكية بالتسوية:

يقضى النظام الجديد للإيداع والقيد المركزى للأوراق المالية بانتقال ملكية الأوراق المالية بالتحويل من حساب إلى حساب آخر. ولا يجرى هذا التحويل (Virement) إلا بتسوية العمليات التى تتم على الأوراق المالية[1]، ولكن لماذا ربط المشرع المصرى نقل ملكية الأوراق المالية بعملية التسوية؟ وما الآثار المترتبة على هذه التسوية؟ هذا ما سنجيب عنه فى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: التحويل الحسابى ونقل ملكية المثليات.

المبحث الثانى: الآثار المترتبة على التحويل الحسابى.

المبحث الأول
التحويل الحسابى ونقل ملكية الأشياء المثلية
المطلب الأول
مفهوم التحويل الحسابى وطبيعته القانونية

٣٢ ـ نظام خاص للنقود القيدية:

يقصد بالنقل أو التحويل الحسابى (Virement) العملية التى يقيد البنك بمقتضاها مبلغاً معيناً فى الجانب المدين من حساب الآمر بالنقل بناء على أمر كتابى منه وفى الجانب الدائن من حساب آخر، ويجوز بهذه العملية إجراء نقل مبلغ معين من شخص إلى آخر، لكل منهما حساب لدى البنك ذاته أو لدى

---

(١) تنص المادة الثانية من القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ على اختصاص شركة الإيداع والقيد المركزى بنقل ملكية الأوراق المالية التى تم التعامل عليها عن طريق الإيداع المركزى، وذلك بالقيد الدفترى. وتنص المادة الخامسة من القانون بأنه "لا تنتقل ملكية الأوراق المالية التى تم إيداعها لدى الشركة إلا بإتمام تسوية العمليات التى أجريت عليها".

بنكين مختلفين، أو نقل مبلغ معين من حساب إلى آخر كلاهما مفتوح باسم الآمر بالنقل لدى البنك نفسه أو لدى بنكين مختلفين[1]. والأصل أن يرد النقل على نقود، وهو المألوف، ولكن ليس هناك ما يمنع أن ينصب النقل على مثليات أخرى، كالأوراق المالية متى كانت غير معينة بذاتها[2].

وقد تباينت الآراء التى قيلت فى تحديد الطبيعة القانونية لعملية التحويل الحسابى، فذهب رأى[3] إلى القول بأن التحويل المصرفى هو حوالة الحق، يأخذ فيها الآمر وضع المحيل ، فى حين يكون المستفيد من النقل المصرفى هو المحال، والبنك هو المحال عليه. لكن يعيب هذه النظرية أن التسليم بصحتها يفرض اتباع الإجراءات التى نص عليها القانون المدنى لسريان الحوالة فى مواجهة المدين والغير، والمتمثلة فى ضرورة إعلان المدين بالحوالة على يد محضر أو قبوله الرسمى لها. فضلاً عن ذلك، فإن هذه النظرية تسمح للبنك، أى المحال عليه، أن يتمسك فى مواجهة المستفيد، وهو المحال، بكل الدفوع التى كان له أن يدفع بها فى مواجهة الآمر بالنقل، وهو المحيل، ولذلك فإن تلك النظرية لم تلق قبولاً فى الفقه والقضاء[4].

ويرى البعض الآخر توافر عناصر الإنابة الكاملة (Délégation) فى عملية التحويل الحسابى، فيكون الآمر هو المنيب، والمستفيد منابا لديه، والبنك هو المناب، وهى إنابة كاملة، أى تؤدى إلى تجديد الدين، لأن الآمر – وهو مدين المستفيد – إذ يأمر بالنقل يقصد أن يبرأ هو من التزامه أمام المستفيد ليحل

---

(١) المادة ٣٢٩ من القانون التجارى.

(٢) د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ١٣٦.

(٣) Cass. Civ. 13 janv. 1903, sirey 1909, 1, 397.

(٤) أنظر فى انتقاد هذا الرأى:
Hamel (J.) – La Garde (G.) – Jauffret (A.), droit commercial, Tome 1, 2e volume, 2e édition, par la Garde (G.), Dalloz, 1980, p. 788.

محله البنك، ولا يكون للمستفيد أن يرجع على الآمر بالنقل بعد التنفيذ[1]، لكن يعيب هذا الرأى أن ثمة فارقاً بين مركز المناب ومركز البنك، فالبنك لا يلتزم التزاماً إضافياً، بل أن دوره يقتصر على إجراء قيد فى الجانب الدائن لحساب المستفيد تنفيذاً لتعهد سابق[2]. ثم إنه لا يقوم بدور إيجابى، ولا تتضح لديه نية الالتزام فى مواجهة المستفيد. إنه ينقل النقود من حساب لحساب آخر[3]. فضلاً عن أن الأطراف ذوى الشأن لم يجتمعوا معاً فى وقت واحد، وهو ما يتنافر مع طبيعة الإنابة[4].

ويرى الرأى الراجح أن التحويل الحسابى يعد أداة لتداول النقود من ثنايا القيود الحسابية، بما مؤداه أن تكون القيود فى نقل النقود القيدية أو الكتابية أو رصيد الحساب عملية مشابهة للتسليم بالنسبة للنقود المعدنية أو الورقية. فالعميل

---

(1) Escarra (J.) – Rault (J.), principe de droit commercial, T. 6, n° 356.

(2) د. علي جمال الدين، المرجع السابق، ص ١٩٠، بند ١٦٨.

(3) د. علي البارودى، د. فريد العريني، القانون التجارى، الجزء الثانى، العقود التجارية وعمليات البنوك، ص ٣١٠ بند ٢٣٦.

(4) د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ١٩٠.

ويطلق على هذه العملية النقود القيدية "monnaie scripturale" على أساس أنها وسيلة لنقل النقود بطريقة القيد. وقد ذهب القضاء الفرنسى منذ زمن إلى تكريس هذا المعنى حين قرر "أن التحويل الحسابى هو تحويل للنقود ويتم بكتابة مزدوجة، كتابة فى جانب المدين لحساب الآمر وكتابة فى الجانب الدائن لحساب المستفيد. وهذه الكتابة هى التى تؤدى إلى تجرد الآمر من حقه على المبلغ المنقول، وأن النقل المصرفى أصبح يعتبر فى القانون الحديث وسيلة التسليم".

راجع د. عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٤، ص ٢٦٣. وقد ساق العديد من الأحكام القضائية الفرنسية التى أخذت بفكرة النقود القيدية من بينها: استئناف رن، ٩ مايو، ١٩٤٦، دالوز ١٩٤٧، ص ٥٥، نقض تجارى فى ٢٢ يوليو ١٩٨٦ – دالوز، ١٩٨٧، ٢٩٩، تعليق فاسير؛ استئناف باريس ٢١ يناير ١٩٨٦، المجلة الفصلية للقانون التجارى، ١٩٨٦، ٤١٨.

وانظر فى فكرة النقود القيدية:

Rives – Lange (J. –L.), La monnie scipturale, contribution à une etude juridique, Etudes à la mémoire de H. Cabrillac, litec, 1966, p. 403.

المستفيد، من خلال هذه العملية -، يتسلم فعلياً نقوداً من العميل الآمر، وغاية ما فى الأمر أن أسلوب التسليم يعد طريقة مغايرة للتسليم المألوف.

وقد اختلف الفقه والقضاء حول تحديد تاريخ تمام عملية التحويل المصرفى. فيرى البعض أن النقل الحسابى يحدث فى اللحظة والمكان الذى توضع فيه النقود تحت تصرف المستفيد من العملية[1] . ويرى البعض الآخر أن النقود تخرج من ذمة الآمر بمجرد قيدها فى الجانب المدين لحسابه، فلا يجوز حجزها، ولا تعد عنصراً فى الجانب الدائن للآمر[2] . وتذهب محكمة النقض الفرنسية إلى أن تاريخ وقوع التحويل الحسابى هو تاريخ القيد فى الجانب ا لدائن للمستفيد[3]. وهو الاتجاه الذى اعتنقه المشرع المصرفى فى المادة ٣٣٢ من القانون التجارى والذى تنص على أن "١- يتملك المستفيد القيمة محل النقل المصرفى من وقت قيدها فى الجانب الدائن من حسابه ويجوز للآمر الرجوع فى أمر النقل إلى أن يتم هذا القيد. ٢- وإذا اتفق على أن يتقدم المستفيد بنفسه بأمر النقل إلى البنك، فلا يجوز للآمر الرجوع فى الأمر، وذلك مع مراعاة ما تقضى به المادة ٣٣٧ من هذا القانون".

---

(١) Gavalda (ch.) – Stoufflet (J.), droit bancaire, Quatrième edition, litec, 1999, n° 243, p. 119.

(٢) Rives – Lange (J.- L.) – Contamine – Raynaud (M.), droit bancaire, 1995, Dalloz, n° 296.

ويرى البعض أن هذا القول يجب تطويعه، ذلك أن البنك يحوز النقود لحساب الآمر الذى يظل مالكا لها، ما دام أنه لم يقم بقيد النقود فى الجانب الدائن لحساب المستفيد. ويظل أمر النقل قابلا للرجوع فيه. وبمجرد القيد فى الحساب الدائن للمستفيد، فإن المبلغ يدخل ذمته ويعتبر بنك المستفيد قد تلقاه لحسابه.

Gavalda (ch.) – stoufflet (J.), Droit bancaire, op. cit., n° 243, p. 119.

(٣) Cass. 1er civ., 23 juin 1993; R. T. D. com. 1993, 694, obs. Cabrillac (M.) et Teyssié (B.).

وتؤيد الأستاذة "Lassals" [1] الاتجاه القائل بوقوع التحويل الحسابى من تاريخ قيد القيمة فى الجانب الدائن للمستفيد، إذا كان التحويل يتم فى بنك واحد. أما إذا كان التحويل يتم بوساطة بنكين، فإن استلام البنك، بصفته وكيلاً عن المستفيد للقيمة المنقولة يعد وفاءً كاملاً من جانب الآمر، لأنه من تاريخ الاستلام يكون المبلغ تحت تصرف المستفيد، وفى العمل، يأخذ الاستلام شكل قيد القيمة فى الجانب الدائن لحساب البنك الذى يتصرف بصفته وكيلاً عن المستفيد.

المطلب الثانى

عملية التحويل الحسابى وإفراز المبيع

٣٢ـ التسليم أسلوباً للإفراز فى القانونين المصرى والفرنسى:

تنقسم الأشياء من حيث تعيينها إلى مثلية وقيمية (choses de genre – choses fongibles). ويقصد بالأشياء المثلية الأشياء التى يوجد لها نظير من جنسها مساوٍ أو مقارب له فى القيمة، ويكون تعيينها بذكر نوعها وبيان مقدارها بالعدد أو بالوزن أو بالكيل أو بالمقاس، ويقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء (المادة ٨٥ مدنى) كالنقود والذهب والفضة والقمح. أما الأشياء القيمية أو الأموال المعينة بذاتها (Corps certains – Choses non fongibles) فهى التى يتميز كل منها عن غيره بصفات خاصة تعينه تعييناً ذاتياً، يجعل غيره لا يقوم مقامه عند الوفاء، كسيارة معينة بعلامة مصنعها وسنة صنعها ورقم الموتور[2].

وتنتقل الملكية فى الأشياء المعينة بذاتها بمجرد تمام العقد، فإن باع شخص سيارة معينة بالذات مملوكة له إلى شخص آخر، فإن الملكية تنتقل من

---

(١) Lassals (ch.), L'inscription en compte des valeurs, op. cit. p. 218.

(٢) د. سليمان مرقس، الوافى فى شرح القانون المدنى، المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدى للتقنين المدنى، الطبعة السادسة، مكتبة بيروت، لبنان، ص ٨٤٦، فقرة ٣٥٤.

البائع إلى المشترى بمجرد تمام عقد البيع، إعمالاً للمادتين ٢٠٤و ٩٣٢ من القانون المدنى[١].

فإذا كان المنقول شيئاً غير معين بالذات، بل كان معيناً بنوعه، لم تنتقل الملكية بمجرد تمام عقد البيع، على خلاف ما رأينا فى الشئ المعين بالذات، وإنما تنتقل بإفراز المبيع وجعله بالإفراز معيناً بالذات، ولو قبل التسليم. ذلك أن الشئ قبل إفرازه غير معروف بالذات، فهناك إذن استحالة طبيعية فى أن تنتقل ملكيته إلى المشترى قبل الإفراز. وتقضى المادة ٢٠٥ مدنى بأنه: "١- إذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شئ لم يعين إلا بنوعه، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز الشئ. ٢- ....".

فى ضوء ما سبق، يتضح أن تراخى انتقال الملكية لحين الإفراز فى الأشياء المثلية أو غير المعينة بالذات يعد استثناءً على قاعدة الانتقال الفورى للملكية بمجرد تمام العقد. وهذا الاستثناء تفرضه ضرورات تعيين محل الالتزام، فلا يمكن أن يرد الالتزام على شئ غير مفرز. وقد قنن المشرع المصرى هذه القاعدة صراحةً فى المادة ٢٠٥ مدنى. ولكن هل تنطبق تلك القاعدة على الأوراق المالية؟

بينا آنفاً أنه بصدور القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ أصاب التغيير شكل الورقة المالية، فبعد أن كانت تأخذ شكل صك ورقى مطبوع، أصبحت مجرد قيد فى الحساب. وتقضى المادة الثامنة من القانون بأن تتماثل الأوراق المالية التى تم إيداعها لدى شركة الإيداع والمزايا التى تنتجها وتحل محل بعضها إذا كانت من ذات النوع والإصدار والعملة. وما دامت الأوراق المالية قد أصبحت مجرد مثليات، فإنه لا يمكن نقل ملكيتها إلا بإفرازها. ولكن ما مفهوم الإفراز ومتى يتم؟.

---

(١) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الرابع، العقود التى ترد على الملكية، البيع والمقايضة، ص ٥٣٦، وتقرر المادتين ٢٠٤، ٩٣٢ من القانون المدنى المصرى قاعدة انتقال الملكية بمجرد العقد.

يقصد بالإفراز تحديد الشئ المبيع، بحيث يتميز عن غيره من الأشياء التى من نوعه، فهو عملية يترتب عليها تعيين الشئ بذاته بعد أن كان معيناً بنوعه، ويختلف الإفراز بحسب طبيعة المبيع، فقد يتم عن طريق الوزن أو الكيل أو القياس أو العد، وقد يتم بتغليف أو تعبئة المبيع أو وضع علامات المشترى على المبيع أو غير ذلك من الوسائل التى تؤدى إلى تعيين الشئ بذاته. وإن تم ذلك، فإن الملكية تنتقل إلى المشترى ولو لم يحصل تسليم المبيع[1].

وإذا كان شكل الإفراز يختلف وفقاً لطبيعة الشئ المبيع، فإنه يثار التساؤل عن كيفية إفراز الأوراق المالية بعد أن أصبحت قيوداً حسابية.

يقرر الفقه[2] أنه من غير المتصور وضع علامات المشترى على القيود الحسابية، وأن الإفراز يتحقق بقيد البيع فى حساب مستقل للمشترى. وفى غياب الإفراز صراحة، فإن التسليم، كأسلوب للإفراز، يؤدى إلى نقل الملكية؛ لأن التسليم يفترض تعيين الشئ المبيع. ولكن ما الشكل الذى يأخذه تسليم القيود الحسابية؟.

سبق أن بينا أن نقل ملكية الأوراق المالية يتم بالتحويل من حساب إلى حساب آخر، وفقاً لنظام الإيداع المركزى. وأن الفقه والقضاء[3] قد استقرا على أن التحويل الحسابى يعد أداة لتداول النقود أو الأشياء المثلية من ثنايا القيود الحسابية، وأنه عملية مشابهة للتسليم بالنسبة للنقود المعدنية أو الورقية أو المنقولات المثلية المادية. ووفقاً لهذا المفهوم، فإن تنفيذ عملية التحويل بالقيد فى الجانب المدين لحساب البائع أو فى الجانب الدائن لحساب المشترى أو وكيله، يعد تسليماً؛ لأنه يفترض بالضرورة الإفراز.

---

(١) د. نبيل سعد، العقود المسماة، البيع، منشأة المعارف، ٢٠٠١، ص١٩٣، ١٩٤.

(٢) Lassalas (ch.), L'inscription en compte des Valeurs, op. cit., p. 230 et p. 231.

(٣) راجع المطلب الأول من هذا المبحث المتعلق بمفهوم وطبيعة عملية التحويل (Virewment).

وعلى هذا، فإن التدخل التشريعى فى فرنسا بتعديل قانون ٢ يناير ١٩٨٣ بالنص على أن نقل الملكية للأوراق المالية لا يتم إلا بالقيد فى الحساب لم يكن أمراً مخالفاً للقواعد العامة التى تقضى بانتقال الملكية فور إتمام العقد، بل هو محض تطبيق لتلك القواعد. فما دامت الأوراق المالية قد أصبحت مثليات، فإن نقل ملكيتها لا يكون إلا بالإفراز أو التسليم، وهو ما لا يتحقق إلا بطريق التحويل (Virement) أى القيد فى الحساب؛ ولذلك يبدأ الفقه ينتقد قضاء النقض الفرنسى[١] الذى يقرر أن النصوص المتعلقة بإلغاء الشكل المادى للقيم المنقولة ليس من شأنها تعديل القواعد المتعلقة بنقل الملكية بمجرد التعاقد. وفى الحقيقة، فإن محكمة النقض الفرنسية لم تنتبه إلى الأثر المترتب على إلغاء الشكل المادى للقيم المنقولة، وهو تحولها من صكوك ورقية لها أرقام مسلسلة إلى مثليات يحل بعضها محل بعض فى التعامل. وقد كان المشرع المصرى موفقاً عندما حرص على تقنين تلك القاعدة فى المادة الثامنة من القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠[٢].

ولا يعد نقل الملكية بالقيد فى الحساب خروجاً على القواعد العامة إلا إذا انصب التحويل على الحساب برمته؛ لأنه إذا كانت قيود الحساب تعد من المثليات، فإن الحساب برمته يكون معيناً بذاته، ولذلك تنتقل ملكيته، وفقاً للقواعد العامة من تاريخ التعاقد لا من تاريخ القيد فى الحساب[٣]. وإذا كانت

---

(١) راجع فى التعليق على هذا القضاء:
Cass. Com 24 Janvier 1989, Bull, joly, 1989, p. 266, note Lepeltier (D.); Cass. Com. 23 nov. 1993, Bull. Joly, 1994, p. 93; 18, note Lepeltier (D.); Banque et droit, 1994, mai – juin, p. 20, note Peltier (F.).

(٢) وقضت محكمة النقض المصرية بأن قاعدة الانتقال الفورى لملكية الأوراق المالية بمجرد التعاقد تستند إلى طبيعة الورقة المالية وكونها من الأشياء المعينة بالذات. (نقض ١٩٨١/٥/٤، الطعن رقم ٢٢٢٩ لسنة ٤٧ق) وهو ما يعنى أن تبدل طبيعة الورقة من أشياء معينة بالذات إلى مثليات يستتبع تعديل قواعد نقل الملكية.

(٣) Lassalas (ch.), L'inscription en compte des valeurs, op. cit., p. 230.

هناك قاعدة تشريعية تقضى بعكس ذلك، فإنها تمثل استثناءً حقيقياً على أحكام القواعد العامة فى الانتقال الفورى للملكية بمجرد التعاقد.

بيد أن المشرع المصرى ربط انتقال ملكية الورقة المالية بإتمام تسوية العمليات التى أجريت عليها، فهل يعد ذلك استثناءً على القواعد العامة المتعلقة بانتقال ملكية الورقة المالية؟.

لا نعتقد ذلك، وإنما يجب فهم مسلك المشرع المصرى فى ضوء قواعد تنفيذ عقود التداول التى يتم إبرامها على أوراق مالية فقدت دعامتها المحسوسة، إذ يحمل المشرع الوسطاء الماليين عبء تنفيذ هذه العقود أمام شركة الإيداع، وليس أطراف عقود التداول. وبمقتضى ذلك يتم تسوية عمليات التداول على أساس الفرق بين قيمة عمليات البيع وقيمة عمليات الشراء التى أجراها عضو التسوية، مضافاً إليه رصيده الدائن فى حساب التسوية[1] ؛ لذا، فإن التسليم الذى يتحقق به إفراز الأوراق المالية المبيعة يكون هو التسليم الذى يتم فى علاقة الوسيط المالى بشركة الإيداع، وليس فى علاقة أطراف عقود التداول بعضهم ببعض[2]. وما دام التسليم الذى يقوم به الوسيط المالى لا يتحقق إلا بإتمام تسوية العمليات التى أجريت على الأوراق المالية، فإن الأخيرة لا تعد مفرزة، ومن ثم لا تنتقل ملكيتها إلا بإتمام هذه التسوية[3].

---

(١) راجع فى خصائص عقود التداول التى تجرى على الأوراق المالية:
Merkin (C.) – Saint Mars (B. de), Clause Résolutoire et transfert de propriété, op. cit., p. 163 et s.

(٢) **Lassals (ch.), L'inscription en compte des valeurs, op. cit., p. 235, n° 694.**

(٣) أما فى ظل النص القديم الذى ورد فى لائحة قانون سوق المال والذى يقضى بانتقال ملكية الورقة المالية المقيدة فى البورصة بإتمام قيد تداولها بالبورصة بالوسائل المعدة لذلك، فإن نقل الملكية يكون بمجرد الإتفاق إذا كانت الأوراق معينة بذاتها، ويتحقق الإفراز إذا كانت الأوراق من المثليات.

المبحث الثانى

الآثار المترتبة على التحويل الحسابى

٢٤ ـ أ ـ مركز البائع والمشترى للأوراق المالية:

تتراخى لحظة نقل ملكية الأوراق المالية إلى تاريخ القيد فى الحساب، بإتمام تسوية العمليات التى أجريت عليها؛ ولذلك يستمر بائع الأوراق فى ممارسة حقوقه المالية وغير المالية الناشئة عن الورقة، بصفته مالكاً للورقة، فى مواجهة الشركة المصدرة، فيحق له حضور جلسات الجمعية العامة للشركة والاشتراك فى مداولاتها والتصويت على قراراتها وقبض قيمة الأرباح وغير ذلك من الحقوق. ويجوز لدائنيه توقيع الحجز على ملكيته من الأوراق المالية إلى ما قبل قيد الأوراق المبيعة فى حساب المشترى[1].

وإذا أشهر إفلاس بائع الأوراق فى الفترة ما بين عملية التداول والقيد فى الحساب، فيجوز لدائنى البائع الاحتجاج بعدم سريان عملية التداول فى مواجهتهم، على أساس أنها وقعت فى فترة الريبة[2]. أما إذا أشهر إفلاس أحد الوسطاء الماليين الذين اشتركوا فى إبرام وتنفيذ عملية التداول، فإن ذلك لا يمنع من إتمام عمليات المقاصة والتسوية للعمليات التى كان هذا الوسيط طرفاً فيها قبل الحكم بإشهار إفلاسه. وتكون هذه العمليات سارية فى مواجهة الجميع، بما فيهم جماعة الدائنين. وقد أجاز المشرع لهيئة سوق المال إبطال تلك العمليات أو بعضها من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب من أمين التفليسة العضو المفلس، إذا تبين إجراؤها بسوء نية[3].

---

(١) Lassalas (ch.), L'inscription en compte des valeurs, op. cit., p. 237.

(٢) وذلك بالطبع إذا توفرت الشروط التى يضعها المشرع، بخصوص عدم نفاذ التصرفات التى يبرمها المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الإفلاس.

(٣) المادة رقم ٥٢ من القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠.

وإذا كان نقل ملكية الأوراق المالية يتراخى إلى تاريخ القيد فى الحساب بإتمام عملية التسوية، فإن عقد التداول يكون منعقداً بين طرفيه من لحظة إبرامه، ويلتزم طرفاه بتنفيذ الالتزامات التى يلقيها القانون على عاتق طرفى عقد البيع[1].

٢٥ ـ ب ـ مركز الآمر والمستفيد من التحويل الحسابى:

القاعدة العامة، وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٢ تجارى، أن العبرة فى تمام تنفيذ التحويل الحسابى بوقت القيد فى الجانب الدائن من حساب المستفيد. ولذلك، فإن بائع الأوراق المالية يتملك المبلغ المنقول من تاريخ قيده فى الجانب المدين لحسابه. ويخرج، بناء على هذا، من وعاء الحجز الذى يضرب حساب مشترى الأوراق المالية.

---

(١) Lassalas (ch.), op. cit., p. 242.

خاتمة

٣٦ ـ تسوية العمليات إفراز للأوراق المالية:

يعد تراخي انتقال الملكية لحين الإفراز فى الأشياء المثلية أو غير المعينة بالذات استثناء على قاعدة الانتقال الفورى للملكية بمجرد تمام العقد. وهذا الاستثناء تفرضه ضرورات تعيين محل الالتزام، فلا يمكن أن يرد الالتزام على شئ غير مفرز.

وبصدور القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ أصاب التغيير شكل الورقة المالية، فبعد أن كانت تأخذ شكل صك ورقى مطبوع، أصبحت مجرد قيد فى الحساب. وتقضى المادة الثامنة من القانون بأن تتماثل الأوراق المالية التى تم إيداعها لدى لشركة الإيداع والمزايا التى تنتجها ويحل بعضها محل بعض إذا كانت من ذات النوع والإصدار والعملة. ومادامت الأوراق المالية قد أصبحت مجرد مثليات، فإنه لا يمكن نقل ملكيتها إلا بإفرازها.

ويحمل المشرع المصرى الوسطاء الماليين عبء تنفيذ هذه العقود أمام شركة الإيداع وليس أطراف عقود التداول، وبمقتضى ذلك تسوى عمليات التداول على أساس الفرق بين قيمة عمليات البيع وعمليات الشراء التى أجراها عضو التسوية، مضافاً إليه رصيده الدائن فى حساب التسوية؛ لذا، فإن التسليم الذى يتحقق به إفراز الأوراق المالية المبيعة يكون هو التسليم الذى يتم فى علاقة الوسيط المالى بشركة الإيداع، وليس فى علاقة أطراف عقود التداول بعضهم ببعض. وما دام التسليم الذى يقوم به الوسيط المالى لا يتحقق إلا بإتمام تسوية العمليات التى أجريت على الأوراق المالية، فإن الأخيرة لا تعد مفرزة، ومن ثم لاتنتقل ملكيتها إلا بإتمام هذه التسوية.

مراجع البحث

أولاً: المراجع باللغة العربية:

(١) **د. أحمد حسني**، قضاء النقض التجاري، منشأة المعارف، ٢٠٠٠.

(٢) **د. عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، ١٩٨٦.

(٣) **د. عبد المنعم البدراوي**، الوجيز في عقد البيع، ١٩٨٥.

(٤) **د. علي جمال الدين عوض**، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

(٥) **د. علي حسن يونس**، الشركات التجارية، الشركات ذات المسئولية المحدودة وشركات المساهمة والتوصية بالأسهم، ١٩٩٠.

(٦) **د. علي البارودي – د. محمد فريد العريني**، القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٠.

(٧) **د. عكاشة عبد العال**، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٤.

(٨) **د. سليمان مرقس**، الوافي في شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني، الطبعة السادسة، مكتبة بيروت، لبنان.

(٩) **د. سميحة القليوبي**، الشركات التجارية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.

(١٠) **د. محمد فريد العريني**، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤.

(١١) **د. نبيل سعد**، العقود المسماة، البيع، منشأة المعارف، ٢٠٠١.

(١٢) **د. يوسف يعقوب صرخوه**، الأسهم وتداولها في الشركات المساهمة في القانون الكويتي، رسالة من القاهرة، ١٩٨٢.

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية:

(1) *Beudent (C.)*, **Cours de droit civil francais, T.8. Les contrats et les obligations, Rousseau, 1936.**

(2) *Brochot (C.)*, **La réforme des procédures de réglement-livrasison, thèse, Paris x, 1988.**

(3) *Cabrillāc (M.), Teyssié (B.)*, **Obs sous cass. Civ. 23 juin 1993, R.T.D. com. 1993, 694.**

(4) *Deleci (J.-M.)*, **Le nouveau droit de propriété des titres négociés, J.C.P.E., 1994, 368.**

(5) *Escarre (J.) Roulty (J.),* Principe de droit commercial, T.b, n° 356.
(6) *Gavalda (ch.) – Stoufflet (J.),* Droit bancaire, Quatrième édition, litec, 1999.
(7) *Ghestin (J.), Jamin (C.), Billau (M.),* Traité de droit civil, Les obligations, Les effets du contrat, 2^e^ éd. L.G.D.J., 1994.
(8) *Gizard (B.) – Vauplane (H.de),* Le transfert des titres cotés: Banque, mars 1994, n° 546.
(9) *Goutay (ph.),* Le transfert de proptiété des titres cotés, thèse, Paris IX, 1997.
(10) *Hamel (J.) La garde (G.), Jauffret (A.),* Droit commercial. Tome 1,2^e^ édition. 2^e^ volume, par la garde (G.), 1980, Dalloz.
(11) *Hovasse (H.),* Note sous cass. crime. 30 mai 1996, Droit société, 1995, n° 14.
(12) *Hovasse (H.),* Note sous cass. Com. 23 nov., 1993, Droit Société, fév. 1994, n° 2, P. 18, n° 41.
(13) *Lassalas (ch.),* La nature de la convention de teneur de compte, Pettite affiche, 18 nov. 1996 (sur CD Rom).
(14) *Lassalas (ch.),* L'inscription en compte des valeurs: La notion de propriété scriptural. L.G.D.J. 1997.
(15) *Lepetier (D.),* Note sous cass. com. 24 janv, 1989, Bull. Joly, 1989, P. 266.
(16) *Lepellier (D.),* Note sous cass. Com. 23 nov. 1993, Bull Joly, 1994, P. 93.
(17) *Merkin (C.) – Saint Mars (B.),* Clause résolutoire et transfert de propriété sur le marché des valeurs mobilières, R.D. bancaire et de la bourse T n° 44, p. 163.
(18) *Merkin (C.) – Saint Mars (B. de),* Transfert de propriété sur le marché des valeurs mobilières, R.D. bancaire et de la bourse, n° 41, p. 1.

(19) *Peltier (F.),* Chronique fincncière et boursière, Banque et droit, n° 33, 1994, P. 54.

(20) *Peltier (F.),* Le transfert de propriété des titres sur les marchés règlemntés, Banque et droit, 1994, n° 33.

(21) *Peltier (F.),* note sous cass. Com. 23 nov 1993, Bull. Joly, 1994, mai-juin, p. 20.

(22) *Rives-Lange-Contamine Raunaud (M.),* Droit bancaire, Dalloz, 1995.

(23) *Rives-Lange (J.-L.),* La monnie scriptural, Contribution à une étude Juridique, Etudes à la mémoire de H.Cabrillac, Litec, 1966, P. 403.

(24) *Vauplane (H. de)– Bronet (J.-P.),* Droit des marchés financiers, Litec, 1998.

محتويات الجزء الخامس

محتويات الكتاب

الموضوع	الصفحة

رقم الإيداع	٢٠١٢/١٩٧٤٨
الترقيم الدولى	I.S.B.N
978-977-6410-30-5	

دار الجامعة الجديدة للنشر
٣٨ شارع سوتير ـ الازاريطة الإسكندرية ت ٤٨٦٣٦٢٩ - ٩٩ ٤٨٦٨
E-mail. : darelgamaaelgadida@hotmail.com
www.darggalex.com info@darggalex.com



دار الجامعة الجديدة
٣٨-٤٠ ش سوتير - الازاريطة - الاسكندرية
تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ - فاكس: ٤٨٥١١٤٣ - تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩
Email darelgamaaelgadida@hotmail.com
www.darggalex.com info@darggalex.com